

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS

**UM ESTUDO SOBRE SEUS EFEITOS JURÍDICOS
E SUA RELEVÂNCIA**

MARIANA ASSUNÇÃO DE MORAES

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da professora doutora Elsa Marina Rosa Dias de Oliveira.

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS

UM ESTUDO SOBRE SEUS EFEITOS JURÍDICOS

E SUA RELEVÂNCIA

MARIANA ASSUNÇÃO DE MORAES

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da professora doutora Elsa Marina Rosa Dias de Oliveira.

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA

2016

Ao meu marido, por me desafiar e incentivar todos os dias, incansavelmente.

Aos meus pais, pelo amor capaz de atravessar o oceano.

À minha irmã, pelo exemplo de dedicação acadêmica e pelo companheirismo de uma vida inteira.

RESUMO: A proposta desta dissertação é a apresentação de uma análise crítica acerca das principais modalidades de acordos pré-contratuais adotados no âmbito do ordenamento jurídico português, especialmente no que se refere aos efeitos jurídicos que decorrem de sua adoção, bem como à relevância destes acordos para as negociações prévias à celebração de um contrato complexo. Para tanto, analisaremos à partida o processo de formação de um contrato complexo, cenário em que se inserem os acordos pré-contratuais, de forma a demonstrar a importância da fase de negociações prévias. A seguir, demonstraremos a relevância da teoria da responsabilidade pré-contratual para a regulação das negociações, bem como do papel desempenhado pela boa fé como fonte de deveres de conduta pré-contratuais. Também apresentaremos, neste contexto, de que forma e em que medida os acordos pré-contratuais poderão atuar como fonte autônoma de deveres pré-contratuais. A análise que faremos acerca dos acordos pré-contratuais passa por sua classificação entre (i) acordos que regulam a forma ou o conteúdo do contrato futuro e (ii) acordos que regulam a própria fase de negociações. Dentre os primeiros, destacam-se primordialmente as cartas de intenção que tem como objeto a fixação do conteúdo já acordado pelas partes, colocando-se, neste seara, o problema de saber se estes instrumentos têm como efeito jurídico obrigar as partes a celebrar um contrato no futuro. Enfrentaremos, ainda, as discussões que se colocam acerca da relevância destas cartas de intenção. Finalmente, analisaremos os acordos de negociação, de exclusividade e de confidencialidade, modalidades de acordos pré-contratuais que regulam a fase de negociações, ressaltando o papel destes instrumentos como fonte de deveres pré-contratuais, bem como apontando as consequências que decorrem de seu incumprimento.

Palavras-Chave: acordos pré-contratuais; contratos preliminares; cartas de intenção; vinculatividade; efeitos jurídicos

ABSTRACT: The purpose of this study is to present a critical analysis regarding the main preliminary agreements executed under the Portuguese legal system, especially concerning the legal effects arising out of such agreements, as well as their relevance for the negotiations preceding the conclusion of a complex definitive agreement. To this end, we will initially examine the formation process of a complex agreement, scenario in which the preliminary agreements are set out, in order to demonstrate the importance of the course of pre negotiations. Subsequently, we will demonstrate the relevance of the precontractual liability theory to govern negotiations, as well as the important role of good faith as a source of other precontractual duties. In this context, we will also present in which way and measure the preliminary agreements may also act as an independent source of precontractual duties. The main preliminary agreements that we intend to investigate may be divided into two groups: (i) agreements that govern the form or the content of the definitive agreement; and (ii) agreements that govern the negotiations. Amongst the first group, we may highlight the *letters of intent* that establish the content of a definitive agreement. The main discussions regarding this matter are related to a possible binding effect arising out of the letters of intent and to the importance of the execution of such documents. Finally, we will analyse the agreement to negotiate, the lock-out agreement and the confidentiality agreement as possible models of agreements to govern negotiations, especially to investigate the role of each of these agreements as a source of precontractual duties and to emphasize the main consequences of any possible breach.

Key Words: preliminary agreements; letters of intent; binding effects; legal effects

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	6
2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS COMPLEXOS.....	9
2.1. Considerações gerais.....	9
2.2. A responsabilidade pré-contratual	16
2.2.1. Evolução histórica e consagração legal	16
2.2.2. Os acordos pré-contratuais como fontes de deveres de conduta.....	37
2.2.3. Em especial: a ruptura das negociações na vigência de acordos pré-contratuais	41
3. OS ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS E SUA DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS.....	48
3.1. Contrato-promessa.....	48
3.2. Pacto de preferência	53
3.3. Pacto de opção	58
3.4. Contrato-quadro.....	62
4. ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS QUE REGULAM O CONTEÚDO OU A FORMA DE UM CONTRATO FUTURO	64
4.1. As convenções entre as partes.....	64
4.2. As cartas de intenção que fixam o conteúdo já acordado entre as partes.....	65
4.2.1. Considerações gerais	65
4.2.2. O problema da vinculação das cartas de intenção.....	69
4.2.3. Segue; os efeitos jurídicos e a relevância das cartas de intenção	82
5. ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS QUE REGULAM A PRÓPRIA FASE DE NEGOCIAÇÕES.....	91
5.1. Acordo de negociação.....	92
5.2. Acordo de exclusividade	99
5.3. Acordo de confidencialidade	101
6. CONCLUSÃO	105

1. INTRODUÇÃO

Em nossa realidade social, diariamente nos deparamos com a formação de uma série de contratos de forma quase que instantânea. Ao mesmo tempo, a evolução do mercado e da economia, bem assim como o crescente avanço da tecnologia contribuem diretamente para o surgimento de contratos complexos, cuja conclusão somente se opera após um longo e intenso período de negociações.

A intensificação das tratativas que antecedem a um contrato complexo fez surgir a necessidade de o Direito bem tutelar esta fase. No ordenamento jurídico português, a exemplo do que ocorre em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a lei reconhece uma etapa de *preliminares* (art. 227º/1 do Código Civil), determinando que nela as partes pautem suas condutas conforme as regras que emanam da boa fé.

Contudo, não obstante a relevância então conferida ao período pré-contratual, a fase de negociações é inevitavelmente marcada por uma insegurança jurídica que resulta tanto do fato de sua regulação repousar em um conceito genérico e indeterminado – *proceder segundo as regras da boa fé* –, quanto da natural incerteza acerca do sucesso das negociações.

Justamente na tentativa de minimizar esta insegurança inerente às negociações, as partes passaram a recorrer à celebração de determinados acordos prévios ao longo das tratativas dos contratos complexos.

Para além dos *contratos preliminares* (a exemplo do contrato-promessa e do pacto de preferência), cuja vinculatividade e efeitos jurídicos são incontestáveis no ordenamento jurídico português, as partes, no pleno exercício de sua liberdade contratual e visando regular situações a que os contratos preliminares, por sua rigidez, não se adequariam, passaram a também adotar uma série de outros instrumentos atípicos – os quais denominamos *acordos pré-contratuais* –, com conteúdo e funções variando consoante cada caso concreto.

É precisamente neste contexto que se insere o presente estudo, cujo objetivo central será apresentar o panorama em que se inserem os principais modelos de acordos pré-contratuais no âmbito do ordenamento jurídico português, analisando especialmente os efeitos jurídicos que decorrem para as partes de sua adoção, bem como sua relevância para as negociações prévias a um contrato complexo.

Como se verificará a seguir, optamos por centrar esta investigação primordialmente no ordenamento jurídico português¹, uma vez que, não obstante a adoção de acordos pré-contratuais neste país configurar uma prática reiterada no mercado – inclusive relativamente aos contratos internacionais –, ainda não são numerosos os estudos que se dedicam especificamente a este tema.

Assim, daremos início à nossa investigação por meio da análise das diversas fases que compõem o processo de formação progressiva de um contrato complexo.

Compreendida a relevância da fase de negociações prévias a um contrato, apresentaremos a importância da teoria da responsabilidade pré-contratual na seara do Direito português, bem como do papel desempenhado pela boa fé como fonte de deveres de conduta pré-contratuais para as partes.

A esta altura, apresentaremos de que forma e em que medida os acordos pré-contratuais a que os contratantes voluntariamente se sujeitam poderão ser entendidos como fonte autônoma de novos deveres pré-contratuais ou, ainda, como instrumento de reforço e concretização de deveres pré-contratuais oriundos da lei.

Para que se possa proceder a uma precisa investigação acerca dos acordos pré-contratuais, será indispensável antes distingui-los de outros instrumentos jurídicos que, a despeito de serem celebrados previamente a um contrato complexo, não se confundem com os primeiros. Trata-se das

¹ Naturalmente que não deixarão de ser feitas referências a ordenamentos jurídicos de outros países sempre que estas puderem contribuir para o melhor entendimento do tema, conforme se verá a seguir.

figuras do *contrato-promessa*, do *pacto de preferência*, do *pacto de opção* e do *contrato-quadro*².

A partir desta distinção, estaremos prontos para enfim analisar o ponto central desta investigação: os acordos pré-contratuais.

A classificação que adotamos aponta para uma bipartição destes instrumentos em (i) acordos que pretendem regular a forma ou o conteúdo do contrato futuro e (ii) acordos que visam regular a própria fase de negociações.

Dentre os primeiros, para além das *convenções* que as partes venham a adotar, destacam-se primordialmente as *cartas de intenção* que tem como objeto a fixação do conteúdo já acordado. E os problemas que se colocam a seu respeito são essencialmente dois: a questão de saber se tais cartas de intenção têm como efeito jurídico vincular as partes contratantes à celebração de um contrato definitivo e, em caso de resposta negativa, qual seria, então, sua relevância jurídica.

Por fim, o último capítulo dedicar-se-á ao estudo dos acordos pré-contratuais que regulam a própria fase de negociações. Por meio destes instrumentos, as partes livremente assumem certos deveres de conduta, a que ficam vinculadas ao longo das negociações. Centraremos-nos, assim, nos *acordos de negociação, exclusividade e confidencialidade*.

² O presente estudo não tem a pretensão de apresentar uma investigação aprofundada acerca do regime jurídico e das características destas figuras contratuais, mas tão somente expor os elementos que as aproximam e aqueles que as distinguem dos acordos pré-contratuais que constituem o ponto central desta investigação.

2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS COMPLEXOS

2.1. Considerações Gerais

O processo clássico de formação dos contratos constitui-se pela emissão de uma *proposta contratual* por uma das partes e por sua respectiva *aceitação* pela outra parte, o que em muitos casos, ocorre quase que instantaneamente, não existindo propriamente uma fase de negociações prévias ao contrato³.

O recurso a este esquema mais simplificado de contratação ainda hoje é bastante comum, seja para a formação de contratos de menor complexidade do nosso dia a dia, seja na seara dos contratos de consumo, em que os negócios se concluem de forma cada vez mais mecanizada, notadamente pela adoção de contratos de adesão⁴, que não permitem a negociação de seus termos pelas partes.

Por outro lado, o avanço da tecnologia e da industrialização, bem como a globalização da economia dá origem a contratos dotados de maior complexidade técnica, com significativo valor econômico, normalmente envolvendo pessoas coletivas e muitas vezes contando com a participação de diversos intervenientes, a exemplo de advogados e bancos financiadores.

Não raras vezes estes contratos – a que nos referiremos como *contratos complexos* – vêm a ser negociados e celebrados entre partes de diferentes países, situação em que crescem-se, ainda, outros desafios, tais como a diversidade de ordenamentos jurídicos e idiomas, além da distância entre partes em negociação. Naturalmente que em contratos desta natureza as partes deverão superar dificuldades e divergências de ordens variadas

³ Neste sentido são as palavras de Almeida Costa: “É sabido que múltiplos contratos se concluem rapidamente, pelo mero encontro de uma proposta e de uma aceitação, sem que existam, ou não existindo quase, anteriores aproximações dos contraentes ou negociações prévias”. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares de um contrato*, p. 45.

⁴ Uma interessante explanação acerca da *sociedade de consumo* e, consequentemente, do recurso aos contratos de adesão pode ser encontrado em MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*, p. 41-43.

para chegarem a um acordo definitivo, sendo indispensável, portanto, uma negociação mais cautelosa e duradoura.

Daí decorre, então, que o processo clássico de formação a que nos referimos será insuficiente quando estivermos perante a conclusão de um contrato complexo⁵. O que se verifica nestes casos, ao contrário, é uma *formação progressiva*⁶ do contrato, que contempla a execução de uma série de *atos preparatórios*⁷.

No âmbito da etapa de negociações prévias a um contrato, Menezes Cordeiro⁸ identifica seis fases negociais distintas, ao longo das quais as partes executam determinados atos preparatórios:

- (i) a *proximidade negocial*, que é a fase a partir da qual a conduta de uma parte já tem o condão de atingir a outra;
- (ii) os *contactos exploratórios*, quando as partes começam a comunicar-se e visitar as instalações umas das outras;

⁵ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 79.

⁶ A expressão é bem utilizada pela doutrinadora brasileira Judith Martins-Costa. MARTINS-COSTA, Judith. *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*, p. 5.

⁷ Como exemplos dos atos preparatórios a que se refere, podemos citar: inicialmente, ligações telefônicas e envio de correspondências eletrônicas entre as partes, a realização de estudos de viabilidade e a elaboração de minutas nas quais as partes, sem compromisso, inserem os pontos até então acordados; em um segundo momento, a aprovação do acordo final pelos administradores das empresas negociadoras e, quando necessário, por órgãos governamentais, e mesmo a execução de atos de conteúdo jurídico relevante, tais como a celebração de contratos preliminares ou acordos pré-contratuais, como adiante se verá. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 296.

⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 290-291.

Há autores que dividem o período pré-contratual em somente duas fases: uma *fase negociatória* e uma *fase decisória*. Esta bipartição é claramente influenciada pela divisão adotada pelo próprio Código Civil, que, tratando da culpa na formação dos contratos (art. 227º/1), refere-se aos *preliminares* e à *formação*. Neste sentido, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares de um contrato*, p. 49 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 171.

(iii) as *negociações informais*, quando as partes manifestam sua intenção de negociar, dando início à troca de informações relevantes sobre o negócio;

(iv) as *negociações formais*, quando as partes já buscam a conclusão do negócio;

(v) o *acordo*, quando já há consenso acerca dos pontos, faltando somente a formalização; e

(vi) a *execução*, quando, mesmo antes da formalização do acordo, há execução parcial de seu conteúdo.

Na prática, contudo, parece-nos que em muitos casos a *proximidade negocial* se operará justamente com o início dos *contactos preparatórios*, sendo, portanto, difícil individualizar estas duas fases.

Do mesmo modo, a nosso ver, as denominadas *negociações informais* podem vir a confundir-se com as *negociações formais* sempre que as partes manifestarem sua intenção de negociar e, ao mesmo tempo, já buscarem a conclusão do negócio.

Em sentido semelhante, a fase do *acordo* parece aproximar-se da fase de *execução*, na medida em que em ambas as fases o conteúdo do futuro contrato já está definido, faltando somente sua efetiva formalização.

Assim sendo, para fins meramente dogmáticos, preferimos seguir com Mariana Fontes da Costa, para quem o período pré-contratual resume-se a três fases⁹:

(i) uma *fase prospectiva*, que contempla contatos preliminares, estudos e levantamento de informações diversas, mas ainda não há uma

⁹ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 20-27.

Defendendo a possibilidade de que o período pré-contratual possa assumir diferentes configurações e, conseqüentemente, seja dotado de diferentes fases, a depender do caso concreto PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 27-28.

manifestação da vontade das partes no sentido de seguir ou não com as negociações;

(ii) uma *fase de negociações*, em que as partes demonstram sua intenção de contratar, passando a buscar o consenso com relação ao conteúdo do futuro acordo; e

(iii) uma *fase decisória*, em que as partes já se direcionam para a celebração do contrato.

De qualquer forma – e independentemente da divisão que se adote –, o fato de as negociações de contratos complexos serem, muitas vezes, complicadas e extensas, expondo os envolvidos a uma situação de incerteza jurídica, acabou levando as partes a frequentemente recorrerem a acordos prévios à celebração do contrato complexo que se pretende concluir.

A depender da vontade das partes e do estágio em que se encontram as negociações, as partes poderão utilizar-se de *contratos preliminares*, tais como o contrato-promessa e o pacto de preferência, que já fazem surgir para os contratantes, no primeiro caso uma obrigação de celebrar o contrato complexo futuro, e no segundo uma vinculação de *com quem* contratar caso se decida livremente pela conclusão do negócio¹⁰.

Entretanto, ainda que pretendam preservar integralmente sua liberdade de contratar, as partes poderão recorrer à celebração de acordos de natureza pré-contratual – denominados *acordos pré-contratuais* ou *contratos mitigados*¹¹ – como forma de minimizar a insegurança inerente à fase de negociações¹².

¹⁰ Um maior detalhamento acerca destes contratos preliminares poderá ser visto quando da distinção a que se procederá entre eles e os acordos pré-contratuais no Capítulo 3 deste estudo.

¹¹ Não há, entre os doutrinadores, um consenso acerca da classificação e da nomenclatura dos acordos celebrados ao longo da fase de negociações para a um contrato, problema que parece colocar-se também no âmbito da *Common Law*. FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealings and failed negotiations*, p. 250.

Isto porque, os acordos pré-contratuais poderão ter por objeto a regulação da própria fase de negociações, notadamente por meio do compromisso das partes de observar certos deveres de conduta durante as negociações (caso dos acordos de exclusividade e confidencialidade, dentre outros).

Poderão, ademais, formalizar questões relacionadas ao conteúdo e à forma do contrato complexo que se pretende celebrar sobre os quais já haja consenso entre as partes, organizando a negociação (o que ocorre com a assinatura de cartas de intenção¹³).

Para além do estrito interesse das partes, os acordos pré-contratuais podem também ser celebrados em razão de fatores alheios às negociações,

Ao longo deste estudo, referimo-nos a *contratos preliminares* (de que são exemplos o contrato-promessa, o pacto de preferência e o pacto de opção) e a *acordos pré-contratuais* (que abrangem tanto os acordos que fixam o conteúdo já acordado entre as partes quanto aqueles que regulam a negociação) como espécies de um gênero que poderia se denominar *acordos prévios à celebração de um contrato*. Adotando a mesma classificação, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 82.

Menezes Cordeiro prefere referir-se aos contratos preliminares como *contratos preparatórios*, e aos acordos pré-contratuais como *contratos mitigados* (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 298 e seguintes).

Já Menezes Leitão adota as expressões *contratos preliminares* e *contratos mitigados* (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 203). Há, contudo, por parte do autor, certa flexibilização do conteúdo dos *contratos preliminares* em outra obra (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*).

Diferentemente, Galvão Telles e Almeida Costa vêm denominar *contratos preliminares* o gênero a que aqui nos referimos como *acordos prévios à celebração de um contrato* (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 245 e COSTA, Mario Julio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares de um contrato*, p. 47).

Já José de Oliveira Ascensão subdivide o que denominamos *acordos pré-contratuais* em (i) *acordos parcelares*, por meio dos quais são fixados os pontos da negociação sobre os quais já há consenso e (ii) *acordos instrumentais*, que são os acordos que se prestam a regular a própria fase de negociações. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 376-377.

¹² Allan Farnsworth ressalta que os acordos pré-contratuais tais como as cartas de intenção buscam “avoid some of the uncertainties of the regime of negotiation without moving immediately to the regime of ultimate agreement”. FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealings and failed negotiations*, p. 249.

¹³ Como será visto melhor adiante, tampouco há consenso na doutrina acerca do conceito de *cartas de intenção*. Aqui nos referimos às cartas de intenção que fixam o conteúdo já acordado entre as partes.

tais como a busca por uma autorização governamental para a conclusão do negócio ou por um financiamento, situações em que por vezes faz-se necessária a apresentação de algum instrumento que comprove não só a intenção das partes de contratar, mas, minimamente, o conteúdo negociado¹⁴.

Como se verifica, a assinatura de acordos prévios não configura uma etapa antecedente obrigatória à celebração de um contrato¹⁵, o que significa que as partes, no exercício de sua liberdade contratual, podem optar livremente pela assinatura ou não de tais acordos.

Na prática dos negócios, contudo, quanto mais complexo for o contrato que se busca, mais as partes recorrerão a acordos prévios. Nas palavras da doutrinadora brasileira Maristela Basso, a relevância destes acordos crescerá *“à medida que o contrato [que se pretende celebrar] se torna mais complexo, envolvendo um maior número de pessoas e de empresas, estudos, negociações demoradas, projetos especializados e um sem fim de custos acessórios”* ¹⁶.

No que se refere à definição do modelo de acordo prévio a ser adotado, a estrutura mais flexível dos acordos pré-contratuais – dos quais não resulta uma efetiva obrigação de contratar ou com quem contratar – surge como uma alternativa para as partes que pretendem comprometer-se em alguma medida com a busca pela conclusão do contrato, sem, contudo,

¹⁴ Neste sentido, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 567.

¹⁵ Ferreira de Almeida aponta para a possibilidade de o contrato formar-se por meio de *declarações contratuais conjuntas*, e não pelo encontro de declarações distintas, tais como a *proposta* e a *aceitação*. Nesta situação específica – das declarações conjuntas –, naturalmente que as partes deverão ter previamente acordado o conteúdo da avença, o que provavelmente se dará por meio da anterior adoção de acordos pré-contratuais. Um maior detalhamento acerca da formação do contrato por *declarações contratuais conjuntas* pode ser encontrado em ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 79 e ss.

¹⁶ BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 29. Em sua obra, a autora refere-se, com o trecho transcrito, às cartas de intenção. Contudo, as cartas de intenção recebem, ali um tratamento bastante genérico, englobando uma diversidade de espécies de acordos pré-contratuais, razão pela qual entendemos que o teor do texto apresentado aplica-se igualmente ao contexto a que aqui nos referimos.

vincular-se de forma rígida, tal qual ocorre, por exemplo, com a celebração de um contrato-promessa¹⁷.

No âmbito dos acordos pré-contratuais – os quais serão objeto deste estudo –, estamos diante de contratos atípicos, isto é, não previstos e regulados por lei¹⁸. Daí porque resta garantida às partes a plena liberdade de fixação do conteúdo destes acordos¹⁹, que poderão inclusive conjugar em um só instrumento estipulações referentes a acordos pré-contratuais distintos²⁰.

¹⁷ Como bem observa Ana Prata, a *"rigidez do contrato-promessa resulta essencialmente da necessidade de determinabilidade, na promessa, dos elementos essenciais do contrato prometido, mas que tem como outra vertente, a irremediável vinculatividade dos contratos-promessa firme"*. PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p.126, nota 243.

Os traços característicos da figura do contrato-promessa serão apontados no item 3.1, quando tratarmos da distinção deste instrumento com relação aos acordos pré-contratuais que constituem o objeto do presente estudo.

¹⁸ O Código Civil português, em seu art. 405º/1, prevê expressamente a possibilidade de as partes optarem pela celebração de contratos atípicos, isto é, distintos daqueles previstos legalmente:

"Art. 405º/1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver".

Naturalmente que para a regulação de tais contratos, deve-se inicialmente recorrer àquilo que livremente estipularam as partes e somente se estas disposições forem insuficientes é que se deverá buscar soluções nas normas sobre os contratos em geral, na aplicação por analogia de contratos típicos semelhantes e pela via da integração (art. 239º).

Um maior detalhamento acerca dos contratos atípicos pode ser encontrado em DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos* e VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*.

¹⁹ Como bem aponta Carlos Ferreira de Almeida, *"os acordos pré-contratuais têm conteúdo, objectivo e efeitos diversos"*. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 82.

²⁰ É plenamente possível que um mesmo acordo pré-contratual contemple, simultaneamente, disposições inerentes ao acordo de negociação e ao acordo de exclusividade. Estas duas modalidades serão analisadas no Capítulo 5 deste estudo.

2.2. A responsabilidade pré-contratual

2.2.1. Evolução histórica e consagração legal

A descoberta e os primeiros desdobramentos da tese da *culpa in contrahendo* devem-se a Jhering e datam do ano de 1861.

Em linhas gerais, defendia o jurista que a nulidade do contrato por defeitos em sua formação poderia acarretar a quaisquer das partes envolvidas danos decorrentes de atividades já realizadas na fase pré-contratual²¹. Estes danos deveriam, então, ser indenizados pela parte que culposamente os causou, garantindo o retorno da parte prejudicada à situação em que se encontraria se nunca tivesse negociado²².

A doutrina de Jhering vem, assim, de encontro à ideia predominante à época segundo a qual a fase de negociações prévias a um contrato estaria imune a qualquer tipo de responsabilização, uma vez que as partes, fundadas na autonomia privada, ainda não estariam vinculadas uma a outra.

A relevância deste desenvolvimento inicial da *culpa in contrahendo* é incontestável. Contudo, foi através de sua aplicação diante de casos concretos que a teoria veio a se consolidar efetivamente.

Ainda em 1911, julgou-se na Alemanha um caso que veio a se tornar um exemplo clássico acerca do tema²³: uma senhora e uma criança encontravam-se no setor de linóleos de um estabelecimento e, enquanto eram atendidos, foram atingidos por dois rolos de linóleo, por

²¹ Dentre outros, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 209-210, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 303, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral, volume I*, p. 268 e RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 745.

²² A ideia de retorno da parte prejudicada à situação em que se encontraria se nunca tivesse negociado traduz o que se entende por *indenização pelo interesse contratual negativo*, que se opõe à ideia de indenização pelo *interesse contratual positivo*, que se reconduz a levar o prejudicado à mesma situação em que estaria se o contrato fosse válido.

²³ Este caso é citado por diversos autores, a exemplo de CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 216.

negligência de um funcionário. O proprietário do estabelecimento foi, então, condenado a indenizá-los por não ter cumprido com o seu dever de garantir segurança ao futuro contraente durante a fase pré-contratual.

Em 1964, também na Alemanha, uma candidata a uma vaga em uma empresa foi condenada, pois, depois de participar de todo o processo seletivo, de ser aprovada e de ser convocada para a celebração formal do contrato de trabalho, informou à empresa que sempre soube que não poderia trabalhar naquela função em razão de problemas de saúde. De acordo com a decisão, a candidata faltou com o seu dever de informação pré-contratual²⁴.

Terceiro interessante exemplo é o da decisão alemã de 1974 que condena um promitente vendedor que, ao negociar com um promitente comprador a aquisição de um imóvel, gera neste último a convicção de que o negócio se concluiria, permitindo-o incorrer em despesas consideráveis para a compra do bem, para depois, sem motivo, desistir da negociação. O fundamento da decisão condenatória é, aqui, a violação de um dever de lealdade inerente às relações pré-contratuais²⁵.

Da análise das decisões supramencionadas, extraem-se três importantes conclusões:

(i) desde os seus primórdios, a adoção da teoria da *culpa in contrahendo* pelos Tribunais já ultrapassava – e muito – o âmbito imaginado por Jhering, qual seja, o dos contratos nulos;

(ii) o alargamento do escopo da tese é tamanho que a responsabilidade pré-contratual dota-se de uma verdadeira autonomia com relação ao futuro contrato, que pode inclusive chegar a não se concluir; e

²⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 218.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 219.

(iii) na prática, a responsabilidade pré-negocial prende-se com a violação de determinados deveres de conduta a que as partes em negociação ficam naturalmente vinculadas.

Para além da consolidação jurisprudencial da *culpa in contrahendo*, que gradativamente se operou a partir do cenário alemão, fazia-se necessário, ainda, reconduzir a tese a uma base jurídica confiável, identificando fundamentos que a suportassem, o que suscitou, à época, ampla controvérsia doutrinária entre os estudiosos do tema.

Por um lado, defendeu-se por meio de duas correntes distintas que o alicerce da responsabilidade pré-contratual era negocial. A primeira corrente, capitaneada por Franz Leonhard²⁶, entendia que o contrato a ser adiante celebrado dava origem a certos deveres de conduta pré-contratuais, como se os efeitos do contrato, em alguma medida, retroagissem no tempo, culminando em uma espécie de pré-eficácia do contrato.

Em uma segunda corrente de solução negocial adotada inicialmente por Heinrich Silber²⁷, identifica-se no momento inicial das negociações a celebração implícita de um contrato preparatório entre as partes, sendo este o instrumento a fundamentar a existência de deveres pré-contratuais de conduta.

Por outro lado, defendeu-se que era a própria lei que fundamentava a existência de deveres pré-contratuais²⁸: a observância de certas regras de conduta decorria, assim, de dispositivos legais, não dependendo da celebração de um contrato pelas partes.

Dentre as três fundamentações ventiladas, a primeira corrente – a do contrato a ser celebrado futuramente – não resiste a uma simples análise de decisões como as acima aventadas, que demonstram que a

²⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 232-233.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 233-234.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 234-235.

aplicação da *culpa in contrahendo* é autônoma e independente da celebração de um contrato posterior.

Já a segunda corrente, tal como aponta Menezes Cordeiro, é por demais limitativa, na medida em que pressupõe que os deveres pré-contratuais restringem-se a um ajuste entre as partes que negociam²⁹. Daí porque foi a solução legalista que acabou por prevalecer³⁰.

Este novo contorno doutrinário, somado à evolução do cenário jurisprudencial, conferiu ao instituto da *culpa in contrahendo* o papel de zelar para que, já na fase de negociações, sejam observados valores fundamentais do sistema jurídico. É, aliás, com este propósito que a teoria vem a aproximar-se da boa fé, utilizando-a como o fundamento legal *in concreto* para a existência de deveres de conduta na fase de negociações³¹.

Apesar de sua relevante aceitação pelos Tribunais da Alemanha no decorrer do século XX, bem como do inegável desenvolvimento doutrinário observado neste país³², a tese da *culpa in contrahendo* não foi inicialmente acolhida pela legislação alemã. Somente quando da reforma do BGB, em 2001, é que se operou, de fato, a sua inserção no cenário legislativo³³.

Já na França, ainda hoje a legislação não conta com disposições específicas acerca da responsabilidade pré-contratual, o que, de certa

²⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 234.

³⁰ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 234-235, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 12-14 e RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 747.

³¹ É o que ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico português (art. 227º do Código Civil), conforme se verificará adiante neste estudo.

³² Para mais referências acerca da doutrina e da jurisprudência alemãs, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 211 e COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 304, nota 2.

³³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 746, nota 5 e COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 40, nota 63.

forma, justifica o fato de serem tímidas as referências a esta matéria, tanto na doutrina quanto nos Tribunais deste país³⁴.

Na Itália, mesmo com certa influência do Direito alemão, não foram significativos os avanços doutrinários e, principalmente, jurisprudenciais acerca do tema na vigência do antigo Código Civil de 1865³⁵.

Ainda assim, optou o legislador do Código de 1942 por acolher expressamente a responsabilidade pré-contratual em seu art. 1337º, que dispõe que *“As partes, na condução das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa fé”*³⁶. Não obstante seu acolhimento legal, a teoria, ainda nos dias de hoje, vem sendo pouco aplicado pela jurisprudência do país³⁷.

No Brasil, a teoria da responsabilidade pré-contratual foi somente acolhida pela legislação com a publicação do Código Civil de 2002, por meio de uma cláusula geral de boa fé, que rege não só a fase pré-contratual, como também a própria execução do contrato. Neste sentido, determina o art. 422 que: *“Os contratantes são obrigados a*

³⁴ Na França, as hipóteses de responsabilidade pré-contratual são reconduzidas ao instituto da responsabilidade extracontratual. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 212, VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, p. 256-257 e COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 41.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 212-213.

³⁶ Tradução nossa do original *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede”*.

Como desdobramento da regra geral insculpida no art. 1337, tem-se, ainda, o art. 1338, que dispõe *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sul colpa, nella validità del contratto”* (a parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de nulidade do contrato, não tenha dado conhecimento à outra parte, é obrigada a indenizar os danos sofridos por esta ter confiado, sem culpa, na validade do contrato – tradução nossa).

³⁷ Um maior desdobramento acerca da responsabilidade pré-contratual no Direito Italiano pode ser encontrado em VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, p. 259-262.

guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Muito embora o dispositivo legal não mencione expressamente a fase de *tratativas* ou *negociações* – referindo-se somente à *conclusão* do contrato –, é pacífico na doutrina e na jurisprudência deste país que as partes deverão observar os preceitos da boa fé e os deveres de conduta que dela decorrem ao longo do período pré-contratual³⁸.

A teoria da *culpa in contrahendo* é também expressamente prevista nos Princípios UNIDROIT³⁹ relativos aos contratos comerciais internacionais, que dispõem em seu art. 2.1.15:

“ARTICLE 2.1.15

(Negotiations in bad faith)

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

³⁸ Neste sentido, o doutrinador brasileiro Nelson Nery Junior esclarece que “*mesmo com redação insuficiente, estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato*” (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais*, p. 433). Reforçando este entendimento, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III, p. 20 e AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 60. Dentre os doutrinadores portugueses, sobre o tema, VICENTE, Dário Moura. *A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002*, p. 315-330.

Na jurisprudência, este entendimento pacífico foi objeto do Enunciado nº. 170 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “*A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato*”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>.

³⁹ UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*.

As proporções alcançadas pelo comércio internacional no cenário globalizado atual, bem como as consideráveis diferenças entre as legislações de cada país justificam a existência de instituições como o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado). Em linhas gerais, esta organização independente, situada em Roma, tem como objetivo principal estudar formas de harmonização e coordenação do Direito Privado – mais especificamente, do Direito Comercial – entre os Estados, por meio da formulação de instrumentos de Direito Uniforme, tais como princípios e regras. Mais informações podem ser encontradas em <http://www.unidroit.org/>.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party”.

Em sentido bastante semelhante, prevê o DCFR⁴⁰ (*Draft Common Frame of Reference*), em seu artigo II – 3:301:

“II. – 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.”

No espaço jurídico português, a *culpa in contrahendo* veio a ser inicialmente debatida décadas antes de sua positivação pelo Código Civil de Vaz Serra, nos escritos de Guilherme Moreira de 1911⁴¹.

Tratava-se, contudo, de abordagem bastante restritiva do tema, ao limitar sua aplicação aos casos previstos em lei ou às hipóteses em que houvesse garantia contratual expressa acerca da verificação de requisitos de validade do contrato⁴².

A doutrina portuguesa subsequente veio a trazer tímidas contribuições a esta teoria – citem-se, dentre os autores, José Tavares

⁴⁰ O DCFR é um documento que contém definições, princípios e regras-modelo para um Direito Privado Europeu. BAR, Christian von; CLIVE, Eric. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

⁴¹ Cfr. refere CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 251.

⁴² Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 251.

(1929), Luiz da Cunha Gonçalves (1931), Carlos da Mota Pinto (1963) e Galvão Telles (1965) ⁴³ –, mas foi a inserção do instituto no Código de 1966 que deu origem a valiosos aprofundamentos acerca do tema.

No Código Civil vigente, a responsabilidade pré-contratual repousa especialmente no art. 227º/1⁴⁴. O dispositivo prevê que aquele que não proceder de acordo com as regras da boa fé durante as negociações prévias e no momento da formação do contrato e com isso causar, culposamente, danos a um terceiro, fica obrigado a indenizá-lo.

De uma breve leitura do texto legal, nota-se que o legislador preferiu destacar a fase das negociações prévias (ou *preliminares*, como menciona o dispositivo) – que inclui todos os atos preparatórios à celebração do contrato, inclusive a eventual assinatura de acordos pré-contratuais – da fase decisória ou de formação do contrato propriamente dita, que se traduz no encontro das declarações de vontade emitidas pelas partes (a proposta e a aceitação). Não nos parece, contudo, que esta divisão seja de grande interesse para o presente desenvolvimento – já que em ambas as fases deverão os contratantes pautar suas condutas na boa fé.

Para além do art. 227º/1, outros comandos legais trazem previsões, mais específicas, acerca da responsabilidade pré-contratual: no próprio Código Civil, tem-se o art. 229º/1, segundo o qual o proponente que recebe tardiamente a aceitação de uma proposta deve informar prontamente ao aceitante que o negócio não se concluiu, sob pena de arcar com eventuais prejuízos; tem-se, ainda, o art. 898º, que trata da venda de bens alheios, obrigando aquele que tenha agido dolosamente durante as negociações a indenizar a contraparte que tenha atuado de boa fé.

⁴³ Todos referidos por CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 252-255.

⁴⁴ “Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Fora do âmbito do Código Civil, o art. 9º/1 da Lei de Defesa do Consumidor impõe a observância à lealdade e à boa fé nos preliminares e na formação dos contratos com consumidores; já o art. 304º-A/2 do Código dos Valores Mobiliários trata da culpa do intermediário financeiro por danos causados no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais.

De qualquer modo, é mesmo na cláusula geral prevista no art. 227º/1 que esta responsabilidade mais frequentemente se funda, especialmente em razão do recurso ao conceito amplo e indeterminado de *boa fé*, que permite levar a sua aplicação a uma gama de situações das mais variadas.

É sabido que a boa fé a que alude o art. 227º/1 coloca-se em seu sentido objetivo⁴⁵, isto é, como regra de conduta a ser socialmente adotada, não tendo, portanto um caráter meramente jurídico⁴⁶, mas também ético. Tem sempre de ser ponderada à luz de uma recente realidade social, ou seja, de padrões de comportamento dominantes à época de sua aplicação, permitindo, assim, que seu conceito impreciso possa ser rigorosamente concretizado.

No âmbito da responsabilidade contratual, a materialização do conceito de boa fé tem se verificado por meio de seu desdobramento em deveres de conteúdo mais específico, identificados e desenvolvidos pela doutrina ao longo dos anos e adotados largamente pela jurisprudência.

⁴⁵ Ao mesmo sentido objetivo da boa fé se recorre nos artigos 272º (pendência de condição), 334º (abuso do direito) e 762º/2 (cumprimento das obrigações), dentre outros, do Código Civil.

⁴⁶ Neste sentido, também ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 175.

Neste contexto, é costume referir-se aos deveres pré-contratuais de *informação*, de *proteção* (ou *segurança*) e de *lealdade*⁴⁷, os quais passamos a analisar.

(i) Dever de informação:

O dever pré-contratual de informação traduz-se na ideia de que a parte que negocia deve prestar à sua contraparte informações e esclarecimentos, corretos e suficientes, acerca dos aspectos relevantes do negócio que possam influenciar a decisão de contratar⁴⁸.

Embora se possa cogitar, em teoria, de uma igualdade entre os futuros contratantes, na prática das negociações, não é raro que uma das partes detenha grande quantidade de informações relevantes – ou

⁴⁷ Esta mesma tripartição dos deveres pré-contratuais é adotada, dentre outros, por: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 369; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 216-219; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 750 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 57.

Diferentemente, Carlos Ferreira de Almeida aponta para a tipificação dos deveres pré-contratuais em (i) *dever de informação*, (ii) *dever de lealdade* e (iii) *dever de sigilo*. Como se pode observar, o autor não reconhece um *dever de proteção* no ordenamento jurídico português, reconduzindo as hipóteses em que se poderia dele cogitar ao instituto da responsabilidade civil aquiliana. O dever de proteção será objeto de análise no próximo item do presente Capítulo.

Por outro lado, o autor confere autonomia ao *dever de sigilo*, muito embora reconheça, como nós reconhecemos, que o referido dever se traduz em um desdobramento do *dever de lealdade*, conforme adiante se verá.

Por fim, o autor sugere que ao rol dos três deveres pré-contratuais apresentados seja acrescido o *dever de diligência*, que, segundo nos parece, se reconduz a um dever, para a parte que se apresenta como credora das informações, de ao menos obter as informações que estejam razoavelmente ao seu alcance antes de decidir pela celebração ou não do contrato e pelos seus termos, funcionando, assim, como um limitador ao *dever de informar* de sua contraparte. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 176 e ss).

⁴⁸ Oliveira Ascensão, reportando-se aos ensinamentos de Menezes Cordeiro, acrescenta que o dever de informação é imprescindível para a “*conclusão honesta do negócio*”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 370.

Já Galvão Telles qualifica como *dever de verdade* aquele segundo o qual um negociador não deve enganar o outro ou deixá-lo propositadamente em engano acerca de questões que possam influenciar a sua decisão de contratar. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 205.

possa acessá-las facilmente –, enquanto a outra parte não as poderia obter sem consideráveis esforços.

Na esteira dos ensinamentos de Joaquim de Sousa Ribeiro, estas *situações de desequilíbrio* podem decorrer, dentre outros fatores, da “*qualidade dos sujeitos, de sua especialização profissional e de sua competência técnica*” ⁴⁹.

Em última análise, a desigualdade de conhecimento a que se refere resultará em um dever acrescido de informação para a parte detentora de uma maior quantidade de informações. Daí as palavras de Menezes Cordeiro, para quem “*o dever de informar é tanto mais intenso e extenso quanto mais inexperiente ou ignorante for a contraparte*” ⁵⁰.

Em atenção a estas hipóteses, o DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) vem dispor acerca do dever de informação⁵¹:

“II. – 3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services.

(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.”

Em estudo publicado ainda em 1963, Mota Pinto remete a um *dever de esclarecimento* que deriva justamente da conjugação do dever de informar (o *dever de informação*), prestação de fato positivo, com o dever de não prestar informações inexatas (o *dever de verdade*), traduzido em uma prestação de fato negativo. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 18.

Na doutrina italiana, Enzo Roppo aproxima o *dever de informar* do *dever de lealdade*, tratando a omissão da parte em prestar esclarecimentos devidos à sua contraparte como uma conduta desleal. ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 107-108.

⁴⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 752-753.

⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*, p. 568.

⁵¹ O dever pré-contratual de informação vem tratado nos arts. II 3:101 a 3:108 do DCFR.

No mesmo sentido, também a legislação portuguesa ocupou-se de prescrever deveres de informação específicos para determinados casos.

É o que ocorre, por exemplo, no âmbito das relações de consumo, onde, em regra, não estará o consumidor no mesmo patamar de informação que o profissional, seja fabricante, seja comerciante de bens e serviços. Por este motivo, dispõe o art. 8º/1 da LDC que o fornecedor deve prestar informações *de forma clara, objetiva e adequada* ao consumidor durante as negociações e no momento da celebração do contrato.

No mesmo sentido caminha o DL 446/85, que institui o regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. O diploma prevê inicialmente um *dever de comunicação* (art. 5º), consubstanciado na obrigação de comunicar de *modo adequado* e com a *antecedência necessária* as cláusulas gerais a que os aderentes venham a se submeter.

Em seguida, dispõe o art. 6º do DL 446/85 acerca de um *dever de informação* propriamente dito, segundo o qual o conteúdo das cláusulas gerais deve ser devidamente elucidado, cabendo à parte contratante “*informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique*”.

No âmbito das atividades de intermediação financeira, onde avulta ainda mais a disparidade de conhecimento entre as partes, o Código dos Valores Mobiliários prevê, em seu art.7º/1, que a informação referente a tais atividades deve ser “*completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita*”, o que se aplica também em fase pré-contratual por força do artigo 304º-A/2.

Interessante notar que a proteção da parte carente de informações pode vir a se operar mesmo antes de um efetivo contato entre as partes; é o que ocorre, por exemplo, com a publicidade dirigida à coletividade. Para Filipe Cassiano dos Santos, a mensagem publicitária não se prende propriamente a um dever de informação, mas a um *dever geral de*

verdade, em razão do qual os dados concretos acerca do objeto do futuro contrato ali referidos devem ser totalmente verdadeiros⁵².

Para além do objeto do contrato, deverão ser esclarecidos, ainda, aspectos materiais que com ele se relacionem, bem como elementos que se prendam com a própria regulação do contrato, tais como os direitos e deveres que resultarão do instrumento a ser celebrado⁵³.

Não obstante o disposto até o momento, a observância ao dever pré-contratual de informação não se impõe somente nos casos em que se pretende oferecer tutela especial a uma parte mais fraca. Também no âmbito dos contratos comerciais, em que se presume um maior equilíbrio entre as partes em negociação, esta obrigação deverá ser igualmente cumprida.

Aliás, com relação a tais contratos, poderá ser oportuno esclarecer, em complementação às informações que dizem respeito ao conteúdo do contrato em si, questões que decorram especificamente de sua natureza mercantil: eventuais informações sobre a clientela ou sobre a expectativa de sucesso de um determinado negócio, por exemplo, podem ser indispensáveis para as tratativas de natureza comercial⁵⁴.

O dever de informação pré-contratual também repercute para além das fronteiras do Direito Civil e Comercial, a exemplo do que ocorre na fase de formação do contrato de trabalho. Curiosamente, a mais

⁵² Este dever decorre, sobretudo, do Código da Publicidade (DL 330/90 de 23 de outubro). SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito comercial português: dos actos de comércio às empresas*, p. 182. Em sentido semelhante, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 754.

⁵³ Esta questão releva para as hipóteses de celebração de contratos de adesão ou de contratos fundamentados em cláusulas contratuais gerais, em que uma parte, aceitando a impossibilidade de discutir os termos do contrato, muitas vezes desconhece o conteúdo a que vai aderir (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 754-755). Reconhecendo, no âmbito do Direito Comercial, a necessidade de ser esclarecido o significado das cláusulas de um futuro contrato, SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito comercial português: dos actos de comércio às empresas*, p. 180.

⁵⁴ Estes exemplos são trazidos em CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*, p. 567-568.

relevante discussão aqui não se prende com o conteúdo do dever pré-contratual de informação da parte mais forte da relação jurídica (o potencial *empregador*), mas com o da parte mais fraca (o potencial *trabalhador*), questionando-se se este seria obrigado a prestar informações acerca de sua vida pessoal, convicções religiosas, políticas etc.⁵⁵.

(ii) Dever de proteção:

O dever pré-contratual de proteção ou segurança é aquele de acordo com o qual uma parte, durante as negociações, deve se comportar de modo a não causar danos de qualquer natureza – sejam patrimoniais, à saúde ou à integridade física – à sua contraparte⁵⁶.

Sob a ótica patrimonial, é com fundamento neste dever que se deve buscar evitar que a contraparte assuma despesas desnecessárias ao longo da negociação; é também por observância ao mesmo dever de proteção que a parte que esteja momentaneamente com a posse de um bem de sua contraparte durante as tratativas deve zelar por sua conservação⁵⁷.

⁵⁵ A questão que aqui se coloca vem recebendo tratamentos jurisprudenciais distintos, a depender do caso concreto. Um maior aprofundamento do tema pode ser encontrado em LOURENÇO, Paula Meira. *Os deveres de informação no contrato de trabalho*.

⁵⁶ O dever pré-contratual de proteção é criação da jurisprudência alemã, notadamente em razão de certa inaptidão do sistema de responsabilidade civil extracontratual daquele país para solucionar determinadas questões (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 751). Sua transposição para o ordenamento jurídico português logo fez surgir a questão de saber se, em nosso ordenamento, um dever específico de proteção faz-se necessário ou, ao revés, se a cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana prevista no art. 483º do Código Civil é instrumento legal hábil e suficiente para compensar eventuais danos que neste contexto venham a surgir.

Neste contexto, seguimos com Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 217 e 239), para quem o reconhecimento de um dever de proteção específico na fase pré-contratual se justifica na medida em que permite uma solução mais eficiente para os casos de violação.

Um aprofundamento desta discussão pode ser encontrado em FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.

⁵⁷ Imaginemos a situação daquele que deixa o seu veículo em uma oficina para que seja feito um orçamento, sem ainda saber se optará pela contratação ou não. Há, para aquele que ficou com a posse do bem, um dever de proteção do patrimônio alheio.

No tocante à proteção da saúde e da integridade física, retome-se, por oportuno, o exemplo clássico da jurisprudência alemã (o *caso do linóleo*), em que o proprietário de um estabelecimento foi condenado a indenizar uma senhora e uma criança que se encontravam no setor de linóleos e, enquanto eram atendidos, foram atingidos por dois rolos de linóleo, por negligência de um funcionário.

Como bem ressalta Carneiro da Frada⁵⁸, o dever de proteção se afigura como uma correspondência clara do comando genérico do *neminem laedere* – o dever geral de não lesar ninguém – aplicado à órbita mais específica da relação contratual (ou, no caso, pré-contratual).

Interessante perceber que, ao contrário do que se verifica no âmbito dos deveres pré-contratuais de informação e de lealdade, que se prestam a viabilizar a conclusão do negócio – assumindo, consequentemente, uma *finalidade positiva* –, o dever pré-contratual de proteção prende-se com uma *finalidade negativa*, na medida em que visa evitar que a aproximação entre as partes que se encontram em tratativas seja, em alguma medida, danosa para uma delas, ou para as duas⁵⁹.

O posicionamento do dever de proteção em lado distinto ao dos demais deveres pré-contratuais na separação proposta acima não quer significar, contudo, que não haja um elo entre eles; ao contrário, é bastante comum que a violação do dever de proteção seja uma

⁵⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 44.

⁵⁹ A separação dos deveres pré-contratuais em deveres de *finalidade positiva* e *negativa* é apresentada por Carneiro da Frada não no âmbito dos deveres *in contrahendo* e sim se referindo aos deveres laterais do contrato propriamente dito (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p.40-41). Entendemos, contudo, que a lógica apresentada pelo autor pode ser igualmente utilizada na esfera dos deveres pré-contratuais, como ora se apresenta.

consequência lógica da anterior violação a um dever de informação ou de lealdade⁶⁰.

(iii) Dever de lealdade:

O dever pré-contratual de lealdade carece de uma conceituação doutrinária específica e, por este motivo, a diferença entre este e o dever pré-contratual de informação nem sempre foi clara⁶¹.

Por este motivo, Menezes Cordeiro sublinha que o descumprimento do dever de lealdade – ou, em suas palavras, a *deslealdade* – passa necessariamente por uma *não-informação*⁶².

A necessária distinção entre ambos decorre do fato de que o dever de lealdade ultrapassa a esfera da obrigação de informar para orientar a atuação das partes como um todo, estando intimamente ligado a outros conceitos igualmente indeterminados, tais como a honestidade, a ética e a boa fé⁶³. Com relação a este último, Oliveira Ascensão vem afirmar que o dever de lealdade “*aparece como uma decorrência imediata da boa fé, pois não há boa fé sem lealdade nas negociações*”⁶⁴.

É com fundamento no dever pré-contratual de lealdade que se impõem às partes as obrigações de se abster de induzir a sua contraparte a erro, de não celebrar contratos sabidamente nulos ou

⁶⁰ Tanto é assim que poucas são as decisões judiciais que tratam somente da violação do dever pré-contratual de proteção.

⁶¹ Cite-se, mais uma vez, o mencionado na nota 48 deste estudo acerca do posicionamento do italiano Enzo Roppo, que trata o dever de informar como uma das formas do dever de lealdade (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 107-108). No mesmo sentido, afirma Oliveira Ascensão que “*a lealdade pode ser igualmente invocada a propósito dos deveres de informação*” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 371).

⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*, p. 551, nota 92. Embora o autor mencione tão somente a *não-informação*, acreditamos que também a informação prestada de maneira equivocada deve ser incluída no âmbito da *deslealdade*.

⁶³ A ideia de lealdade aproxima-se do conceito de *fair dealing* previsto em certos instrumentos que regulam os contratos internacionais. Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 181-182.

⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 371.

anuláveis e de somente entrar ou se manter em negociações se houver, de fato, uma real intenção de celebrar o negócio.

Ademais, a lealdade é expressamente prevista pela legislação portuguesa no art. 9º/1 da Lei de Defesa do Consumidor: “1 - O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos”.

Para além destas idéias gerais, que frequentemente se delimitam pelas próprias práticas sociais e pelos bons costumes, a lealdade nas negociações assume, ainda, contornos bastante específicos, que contribuem diretamente para a sua concretização. É o caso, por exemplo, do *dever de sigilo*.

À partida, lembremos que a fase de negociações prévias a um contrato comporta, em regra, uma intensa troca de informações entre as partes, fruto do próprio *dever pré-contratual de informação*.

Em diversas situações, dados relevantes, podendo inclusive envolver segredos comerciais dos contratantes, são franqueados às suas contrapartes sem que se tenha sequer a certeza de que algum negócio se concluirá futuramente.

É neste contexto – e com o intuito de proteger os futuros e eventuais contratantes – que nasce o dever de sigilo (ou confidencialidade) pré-contratual, indicando que as partes não devem revelar a terceiros ou fazer uso não autorizado de dados e fatos a que tenham tido acesso em razão das negociações para a celebração de um contrato.

Dada a sua relevância, o dever de confidencialidade foi expressamente previsto tanto nos Princípios *Unidroit* relativos aos contratos comerciais internacionais, quanto no DCFR (*Draft Common Frame of Reference*):

(Duty of confidentiality)

Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

DCFR – II. – 3:302: *Breach of confidentiality*

(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.

No Direito Português, o dever pré-contratual de sigilo, como corolário do dever pré-contratual de lealdade que é, encontra fundamento na própria boa fé pré-contratual prevista na lei.

Vale ressaltar que o dever pré-contratual de confidencialidade deverá ser observado tanto nos casos em que o contrato é posteriormente celebrado quanto naqueles em que não se conclui posteriormente a negociação.

É certo, contudo, que a quebra da confidencialidade releva mais na hipótese de não celebração do contrato, tendo em vista que as informações obtidas no decorrer das tratativas podem vir a ser aproveitadas em futuras negociações com outras partes acerca de objetos semelhantes⁶⁵.

Outra relevante vertente do dever de lealdade traduz-se no *dever de não rompimento injustificado das negociações*, que, dada a sua relevância no contexto dos acordos pré-contratuais, será analisado individualmente no item 2.2.3 deste estudo.

⁶⁵ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 184.

A menção a estes três deveres-tipo – *informação, proteção e lealdade* – não deve ser entendida como exaustiva. Ao contrário, a depender da situação jurídica em análise, outros deveres poderão perfeitamente adquirir relevo a ponto de se tornarem autônomos com relação aos demais⁶⁶.

O Direito Suíço, por exemplo, denomina *dever de negociar com seriedade* o que, para nós, configura um ramo do *dever de lealdade*: as partes somente se devem manter em negociações quando pretenderem, de fato, concluir o negócio⁶⁷.

Do mesmo modo, o Direito Italiano confere autonomia ao *dever de sigilo*, aqui entendido como um desdobramento do dever de *lealdade* e ao *dever de custódia*, que diz que a parte que esteja com a posse de bens de sua contraparte antes da celebração do contrato deve por eles zelar – para nós, um claro exemplo de *dever de proteção*⁶⁸.

Independentemente de quais sejam os deveres pré-contratuais adotados em cada caso concreto, em linhas gerais, o que se pretende com a sua observância é *tutelar a confiança*⁶⁹ da parte que crê que sua contraparte está agindo de boa fé na fase de negociações.

⁶⁶ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 176, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 750 e PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p.19, que ressalta a complexidade da responsabilidade *in contrahendo* para defender a existência de *inúmeros deveres bem individualizados, diferentes uns dos outros*.

⁶⁷ VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, p. 253-254.

⁶⁸ BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual* (tradução portuguesa), p. 47 e ss. Em Portugal, VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, p. 259.

⁶⁹ Referem-se à tutela da confiança como fundamento da responsabilidade pré-contratual e, consequentemente, da observância de deveres pré-contratuais pelas partes que negociam, dentre outros: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 185 e ss. e COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 303. Reconhecendo o recurso prioritário à confiança pela doutrina portuguesa, mas criticando-o, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 371 e ss.

A este propósito, em estudo desenvolvido em 1963, Mota Pinto destaca que a eficácia da responsabilidade pré-contratual prende-se com “a proteção da confiança de cada uma das partes nas proposições da outra; a tutela das expectativas, de quem se propõe a contratar, como exige o justo e o socialmente conveniente” ⁷⁰.

Não obstante o pleno reconhecimento do instituto da responsabilidade pré-contratual nos ordenamento jurídico português, não será qualquer alegada violação de deveres pré-contratuais que dará azo à proteção da expectativa alheia.

Justamente com o intuito de delimitar as hipóteses em que a confiança merece ser efetivamente tutelada, as lições Menezes Cordeiro⁷¹, que neste aspecto em muito coincidem com as de Baptista Machado⁷², apontam para a existência dos seguintes pressupostos para que se possa cogitar desta tutela: (a) que haja uma *situação de confiança* para uma das partes, desde que esteja esta de boa fé (subjéctiva) a atuando com a diligência esperada; (b) que haja uma *justificação para esta confiança*, traduzida na existência de elementos objetivos suficientes para que pessoas comuns pudessem confiar; (c) que haja um *investimento de confiança*, isto é, que a pessoa a ser protegida tenha praticado atos com base na confiança depositada naquela situação e que tais atos não possam ser desfeitos sem prejuízos; e (d) que haja uma *imputação da confiança*, ou seja, que se identifique uma pessoa que, por seus atos, seja responsável pela situação de confiança criada para outrem⁷³.

⁷⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p.14.

⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, vol. I – Parte geral, tomo I*, p. 411 e seguintes.

⁷² MACHADO, João Baptista. *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, p. 416 e ss.

⁷³ Os mesmos pressupostos para a tutela da confiança são apresentados, com pequenas adaptações, por ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 185-186 e FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma <<terceira via>> no direito da*

Mas não é só. Para além do princípio da confiança, outros valores gerais de inegável relevância para o sistema jurídico justificam e reforçam a necessidade de atuação conforme a boa fé - e os deveres pré-contratuais que dela decorrem - na fase de negociação dos contratos.

Exemplo disso é o princípio do *neminem laedere*: o ideal de não lesar ninguém frequentemente relaciona-se com a responsabilidade civil aquiliana, ou seja, independentemente de qualquer relação jurídica anterior entre o causador do dano e a vítima, pode surgir o dever de indenizar.

Ora, se esta orientação deve ser seguida mesmo na ausência de um liame jurídico prévio entre as partes, o mesmo será inafastável na fase pré-contratual, quando já há, como dito, uma relação entre as partes que o Direito não poderá desconsiderar.

Mota Pinto destaca, ainda, que a responsabilidade pré-contratual, embora se refira, na maior parte dos casos, a uma relação entre dois ou mais particulares, prende-se também com a tutela de um interesse público, que é a *segurança jurídica*⁷⁴.

Entretanto, o recurso à segurança jurídica não deve ser entendido neste contexto como uma certeza de celebração do contrato, mas antes como uma previsibilidade com relação ao comportamento daquele com quem se negocia.

A existência de deveres pré-contratuais releva, por fim, não somente no campo ético-jurídico, mas também para a *esfera econômica*, na medida em que a conduta das partes segundo a boa fé no momento das negociações faz-se indispensável ao bom funcionamento da economia

responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades, p. 103-104.

⁷⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p.14.

de mercado⁷⁵ e da concorrência, dado que permite escolhas fundamentadas e coerentes por parte daqueles que negociam. É o que Joaquim de Sousa Ribeiro vem chamar de *imperativo de transparência de atuação no mercado*⁷⁶.

Não obstante se reconheça, no âmbito do ordenamento jurídico português, a lei como fonte precípua de deveres de conduta pré-contratuais, também as partes podem livremente se comprometer a adotar determinados comportamentos na fase de negociações, o que se verifica notadamente pela celebração de acordos pré-contratuais de conteúdos diversos.

Passemos, então, a analisar de que forma e em que medida estes acordos podem traduzir-se em verdadeiras fontes de deveres de conduta.

2.2.2. Os acordos pré-contratuais como fontes de deveres de conduta

Conforme tivemos a oportunidade de verificar, o disposto no art. 227º/1 do Código Civil faz surgir uma regra geral de conduta a ser observada pelos futuros contratantes no decorrer da fase de negociações para a celebração de contratos complexos.

A concretização do conceito de boa fé a que alude o referido dispositivo tem se verificado por meio de seu desdobramento em deveres de conduta mais específicos, tais como os deveres pré-contratuais de *informação*, de *proteção* (ou *segurança*) e de *lealdade* já analisados no item anterior.

⁷⁵ Nesta esteira, afirma Almeida Costa que a responsabilidade pré-contratual deve preocupar-se com a “*facilidade do comércio jurídico*”, podendo levar em conta, neste contexto, “*postulados da análise econômica do direito*”. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 303.

⁷⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 753-754.

Contudo, na prática dos negócios, por vezes o recurso a estes deveres de origem legal, no entender das partes, não se faz suficiente para mitigar os riscos e a insegurança que permeiam a fase de negociações.

A este propósito, surge-se a questão de saber se as partes poderão livremente optar pela adoção de instrumentos pré-contratuais que estabeleçam novos deveres de conduta, ou, ao contrário, se estão adstritas aos deveres pré-contratuais já analisados, uma vez que decorrem da lei.

Parece-nos que a resposta a este questionamento deve ser no sentido de que nada impede que as partes, no exercício de sua autonomia privada, assumam voluntariamente o compromisso de adotar determinadas condutas durante a fase pré-contratual⁷⁷.

Isto porque, nestas hipóteses, os deveres de origem legal não seriam afastados, mas antes passariam apenas a configurar o padrão mínimo de conduta a ser observado ao longo das negociações.

Em outras palavras, a assunção de deveres de comportamento de origem negocial, adicionalmente ou como reforço àqueles que já decorrem da lei, não nos parece prejudicar em qualquer medida a observância destes últimos⁷⁸.

⁷⁷ Neste sentido, Menezes Cordeiro identifica nos *pactos preparatórios* em geral uma *fonte contratual* de deveres pré-contratuais. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II – Parte geral, p. 208.

⁷⁸ Neste sentido, Patrícia Afonso Fonseca vem dizer que “A possibilidade de as partes pautarem a sua actuação por critérios por si acordados não prejudica, como não poderia deixar de ser, a aplicação a esse processo negocial, dos deveres imperativos (protecção, informação e lealdade) que impendem sobre elas pelo simples facto de entrarem na fase preliminar de negociações de um contrato, conforme resulta do disposto no art. 227º”. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1118.

Ao tratar da relevância dos instrumentos que denomina “*acordos intermédios*”, Eduardo Santos Júnior apresenta entendimento semelhante. Refere o autor que “no *Direito português*, a sua relevância jurídica deve ser reconhecida, mesmo perante a existência da obrigação geral – legalmente consagrada e sempre defensável como princípio jurídico – de negociar de boa fé e, consequentemente, mesmo perante a existência da legalmente consagrada responsabilidade pré-contratual”. SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 604.

Corroborando este entendimento, Menezes Cordeiro, tampouco verifica óbices para que o instituto da responsabilidade pré-contratual – de que se extraem os deveres de conduta pré-contratuais – seja conjugado com outros institutos e, especificamente, com a adoção pelas partes de acordos pré-contratuais. Nas palavras do doutrinador:

“a cic (culpa in contrahendo) não é um instituto subsidiário. Ela pode ser invocada em concorrência com outros institutos, como sejam a invalidade ou a resolução de um contrato, o regime de bens defeituosos ou a existência de acordos preparatórios explícitos”.

“(...) afigura-se nos, todavia, que a existência de acordos preparatórios não preclui a cic; ambos podem ser acionados e proceder; não pode haver duplicação de indenizações”⁷⁹.

São também neste sentido as palavras de Ferreira de Almeida, que sublinha que “o regime dos acordos pré-contratuais recorta-se no âmbito dos deveres pré-contratuais ex lege. O acordo constitui porém meio privilegiado de concretização e de reforço desses deveres”⁸⁰.

Assim sendo, na hipótese de as partes optarem pela celebração de um *acordo pré-contratual de exclusividade*, estarão assumindo voluntariamente um compromisso de não encetar negociações com terceiros acerca do mesmo objeto que vem negociando entre si.

Trata-se de uma situação em que as partes optam livremente por sujeitar-se a um dever pré-contratual adicional, isto é, a um padrão de conduta que não decorre diretamente da boa fé prevista em lei. Isto porque, como adiante se verá⁸¹, a condução de negociações paralelas que tenham como finalidade a conclusão de um único contrato não se traduz, necessariamente, em uma ofensa à boa fé.

⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 277.

⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 84.

⁸¹ O acordo de exclusividade será analisado no Capítulo 5 deste estudo.

Os acordos pré-contratuais podem servir, ainda, para a melhor concretização de um dever pré-contratual de origem legal.

O dever pré-contratual de proteção, por exemplo, indica que as partes devem se comportar de maneira a evitar danos a sua contraparte. Neste contexto, a assinatura de um *acordo de repartição de despesas*, por meio do qual as partes assumem expressamente o dever de arcar com os custos referentes à negociação, contribuirá para a materialização do dever de proteção referido.

Por fim, os acordos pré-contratuais podem reforçar e definir os limites de um dever pré-contratual de fonte legal, como ocorre com o *acordo de confidencialidade*. Como adiante se verá⁸², a função deste instrumento será a de reforçar um dever de sigilo já existente, mas também a de melhor regular o seu exercício, tanto no que se refere ao objeto da confidencialidade, quanto no que toca ao uso das informações recebidas.

Em quaisquer destas hipóteses⁸³, a verificação do cumprimento dos deveres voluntariamente assumidos em complemento aos deveres legais já existentes será indispensável para se determinar se a conduta das partes está de acordo com o que preconiza a boa fé, ou, ao contrário, se se estará diante de uma situação de responsabilidade pré-contratual.

Isto porque, se em uma negociação específica as partes optam livremente por assumir outros padrões de comportamento, limitando ainda mais sua conduta pré-contratual, o incumprimento do acordado necessariamente importará para os fins da *culpa in contrahendo*⁸⁴.

⁸² O acordo de confidencialidade será objeto de análise no Capítulo 5 deste estudo.

⁸³ Em linha com o que apresentamos aqui, Patrícia Afonso Fonseca chama atenção para o fato de que os deveres assumidos voluntariamente pelas partes exercem uma *função integradora e interpretativa* com relação aos deveres que resultam do art. 227º do Código Civil. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1120.

⁸⁴ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1119.

A este propósito, Eduardo Santos Júnior defende que, independentemente do efetivo surgimento de novos deveres pré-contratuais, a simples adoção de acordos pré-contratuais já deverá ser entendida como um reforço ao dever de boa fé insculpido no art. 227º.

Para o autor:

“em termos gerais, o simples facto de as partes – podendo não o fazer – comprometerem-se em acordos intermédios, não pode deixar de ter o significado de tais instrumentos servirem à maior segurança das partes, à precisão ou concretização dos seus deveres, ao reforço da intensidade do dever de negociar de boa fé.”⁸⁵

Parece-nos de fato que a assinatura de acordos pré-contratuais, ao contribuir para uma maior expectativa com relação à conclusão do negócio, deve, sim, traduzir-se em um reforço ao dever de boa fé e, mais especificamente, do dever pré-contratual de lealdade a que antes nos referimos⁸⁶.

2.2.3. Em especial: a ruptura das negociações na vigência de acordos pré-contratuais

O *dever de não rompimento injustificado das negociações* traduz-se na vertente mais relevante do dever pré-contratual de lealdade⁸⁷ e sobre o qual a doutrina e os Tribunais portugueses vêm com mais frequência se pronunciando no âmbito das relações pré-contratuais.

À partida, importa referir que a liberdade contratual – um dos princípios basilares do regime dos contratos no ordenamento jurídico português – vem garantir não somente a liberdade de fixação do

⁸⁵ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 598.

⁸⁶ Neste mesmo sentido, SCHMIDT Joanna. *Negotiation et Conclusion de Contrats*, p. 258.

⁸⁷ A outra vertente a que se costuma conferir autonomia é o *dever de sigilo*, analisado no item 2.2.1 deste Capítulo.

conteúdo contratual, nos termos do art. 405º do Código Civil, mas também a liberdade de celebração, traduzida na decisão de seguir adiante ou não com determinada contratação, bem como a liberdade de escolha de sua contraparte, o que significa que ainda que se tenha a certeza de que se quer seguir com determinada contratação, a parte deverá ser livre para escolher com quem deseja contratar.

Extraí-se daí que, em regra, as partes não devem ser obrigadas a celebrar contratos contra a sua vontade⁸⁸, podendo desistir da conclusão do negócio a qualquer momento após o início das tratativas⁸⁹.

Em outras palavras, nosso Direito admite e valida a ruptura das negociações, ainda que sem justo motivo, sob pena de, não o fazendo, comprometer a autonomia privada que é tão cara ao ordenamento jurídico português⁹⁰.

Nessa medida, o que não se deve tolerar é o abandono *injustificado* das tratativas por uma das partes, em especial quando esta tenha o condão de causar prejuízos inesperados a outra parte.

É neste contexto que se coloca o problema de saber o que caracteriza uma ruptura como *injustificada* a ponto de dar origem a uma eventual situação de responsabilidade civil pré-contratual.

⁸⁸ No âmbito do Direito Português, admite-se como excepcional a existência de uma *obrigação de contratar*. Dela poder-se-á cogitar, por exemplo, quando as partes tiverem anteriormente celebrado um contrato-promessa (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 375) ou na esfera dos serviços públicos, em que o fornecedor de energia ou o prestador de serviços de correios é obrigado a contratar com aquele que pretenda se utilizar de seu produto / serviço (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 229).

⁸⁹ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 221 e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral, volume I*, p. 270, que vem dizer que, a este propósito: “A lei respeita assim até o derradeiro momento da conclusão do contrato (art. 232º), salvo se houver contrato-promessa (art. 830º), um valor fundamental, transcendente, do direito dos contratos: a liberdade de contratar”.

⁹⁰ Para Joaquim Ribeiro de Sousa, a incerteza do resultado de uma negociação é uma *expressão natural da autonomia privada que se exerce através do contrato*. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 761.

Inicialmente, devem ser afastadas as hipóteses em que haja, de fato, justo motivo para a ruptura da negociação. Isto porque, é possível que no decorrer da negociação ocorram ou se tornem públicos fatos e dados que influenciem diretamente a decisão de contratar. É o que sintetiza Enzo Roppo, ao dispor que:

“o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade económica”⁹¹.

Há que se observar, contudo, que a interrupção das negociações não será necessariamente injustificada – nos termos que aqui se analisa – pelo simples fato de a parte não apresentar razões para a sua desistência; como dito, o exercício pleno da liberdade de não contratar não exige, em princípio, qualquer motivação.

Para ser injustificada a ruptura, é fundamental que a conduta da parte desistente tenha criado em sua contraparte uma *expectativa real e legítima* de que o negócio viria a se concluir⁹². Isto porque o mero desenrolar de uma negociação não tem o efeito de, por si só, gerar confiança suficiente na conclusão do negócio, e, sendo a crença infundada, não se poderá cogitar de uma responsabilidade por parte daquele que desistiu.

Em outras palavras, o dever pré-contratual de lealdade não restará violado pela não contratação em si mesma, mas, como aponta Joaquim Ribeiro de Sousa, *“pela contradição entre essa decisão (de não contratar) e o comportamento anterior, gerador, por acção ou omissão, da convicção fundada de que o contrato seria concluído”* ⁹³.

⁹¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 107.

⁹² A tutela da confiança, antes referida genericamente como fundamento da existência de deveres pré-contratuais, surge novamente aqui, em contexto mais específico e com inegável relevo.

⁹³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 761.

Assim, se o rompimento das negociações para um contrato for exercido por uma parte depois de esta ter demonstrado à outra parte, inequivocamente, seu interesse na conclusão do negócio, estar-se-á diante de dois comportamentos contraditórios inadmissíveis, que se traduzem na figura jurídica do *venire contra factum proprium*⁹⁴. Neste contexto, o *venire* servirá como um meio de reforço na verificação da existência de uma situação concreta de violação da boa fé⁹⁵.

A ruptura injustificada das negociações claramente se identifica nas situações em que a parte que vem a renunciar às tratativas tenha induzido a parte contrária a fazer investimentos e a assumir despesas que só se justificariam caso o negócio fosse celebrado.

Do mesmo modo, o dever de lealdade restará violado nas hipóteses em que uma parte se coloca em negociação ciente de que dela desistirá⁹⁶, somente com a intenção de se beneficiar⁹⁷ e de causar

⁹⁴ O *venire contra factum proprium*, traduz-se na adoção, por uma parte, de condutas que, embora lícitas, sejam contraditórias entre si, levando sua contraparte a frustrar uma situação de confiança anteriormente gerada. Neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos vem dizer que “se por qualquer razão o titular do direito tiver agido activa ou passivamente de modo a criar em outrem uma confiança legítima relativa ao exercício do direito, não poderá frustrar essa confiança que tenha criado ou contribuído para criar”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil, volume II*, p. 172.

Um maior detalhamento acerca desta figura como forma concreta de abuso do direito (art. 334º do Código Civil) é encontrada em CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, vol. V – Parte geral*, p. 275-297 e MACHADO, João Baptista. *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”* in *Obra dispersa*, volume I.

No caso específico do rompimento das negociações, não se estaria precisamente diante de um abuso de um *direito*, mas antes do abuso de uma *liberdade* (a de não contratar). CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, vol. V – Parte geral*, p. 246.

⁹⁵ Carlos Ferreira de Almeida aponta para a possibilidade de que outras figuras jurídicas possam auxiliar nesta verificação, que se opera, à partida, com a análise dos pressupostos da tutela da confiança a que nos referimos no item 2.2.1 *supra*. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 186.

⁹⁶ Cfr. COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 56.

⁹⁷ As tratativas *simuladas* podem, por exemplo, evitar que uma contraparte se aproxime e inicie negociações que lhe sejam comercialmente prejudiciais com um terceiro, o que, obviamente, não se pode tolerar. Exemplo semelhante é trazido por TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 205.

prejuízos à sua contraparte; o elemento *dolo* aqui presente se basta para caracterizar tal violação.

Como não poderia deixar de ser, quanto mais avançadas estiverem as negociações e, especialmente, quanto mais atos tiverem sido praticados com a finalidade de celebrar o contrato, maior será a probabilidade de a suspensão das tratativas frustrar a expectativa da parte contrária e lhe causar danos⁹⁸.

Neste sentido, Mota Pinto refere que *“um abandono do processo de formação do contrato na primeira fase (onde não há atos de intenção vinculativa) lesa uma confiança digna de menor protecção do que a que é lesada por uma revogação das declarações integradoras da fase decisória”* ⁹⁹.

Releva, portanto, para os fins da *culpa in contrahendo*, identificar se as partes em negociação já possuíam um *relacionamento juridicamente relevante*¹⁰⁰ quando de sua ruptura.

A análise acerca da relevância jurídica da relação existente entre as partes em negociação passará necessariamente por verificar se as partes chegaram ou não a celebrar algum *acordo prévio* à celebração do contrato final.

Naturalmente que se as partes tiverem celebrado um contrato preliminar – a exemplo do contrato-promessa –, estar-se-á diante de

⁹⁸ A crescente necessidade de se tutelar as relações pré-contratuais a medida que as negociações evoluem é apontada por Almeida Costa, que refere que *“o interesse da liberdade negocial, ou seja, a vantagem que pode haver em que os negociadores conservem intacta a sua autonomia deliberativa até a formação do contrato, portanto, ainda mesmo depois da emissão da oferta; e o interesse do fomento da boa fé e da protecção da confiança em face das expectativas criadas durante a fase pré-negocial, crescendo, via de regra decerto, à medida que o iter contractus progride”*. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares de um contrato*, p. 48.

⁹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 31.

¹⁰⁰ A expressão é utilizada em CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 247.

uma hipótese de obrigação de contratar, cujo incumprimento poderá¹⁰¹ dar ensejo a uma execução específica ou a uma obrigação de indenizar.

No entanto, ainda que as partes tenham celebrado um acordo pré-contratual que não as vincule à celebração do contrato final, parece-nos que o simples fato de terem espontaneamente optado pela adoção do instrumento – o que poderiam perfeitamente não fazer – contribuirá diretamente para o aumento da expectativa das partes acerca da conclusão do negócio¹⁰².

A este propósito, o incremento da confiança na celebração do contrato poderá se verificar tanto nas situações em que os acordos pré-contratuais sirvam como fontes de deveres pré-contratuais¹⁰³, quanto nas hipóteses em que tais acordos sirvam para formalizar as questões sobre as quais já há acordo entre as partes (a exemplo das cartas de intenção).

Em ambos os casos, haverá uma maior motivação para crer que a negociação se concluirá. Neste sentido, Ferreira de Almeida vem dizer:

“A deslealdade torna-se mais evidente se a ruptura das negociações envolver a violação de algum acordo pré-contratual, intermédio ou final, cuja função e alcance consistem precisamente em reforçar e concretizar o dever (genérico) de lealdade” ¹⁰⁴.

¹⁰¹ Diz-se *poderá*, pois nada impede que um contrato preliminar com natureza vinculativa preveja a possibilidade de rescisão unilateral e imotivada por uma das partes, bem como o afastamento de um eventual dever de indenizar pela não celebração do negócio, como se verá no Capítulo 3 deste trabalho.

¹⁰² Apresentando entendimento semelhante, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1137.

Referimo-nos aqui ao que dissemos no item interior: a simples adoção de acordos pré-contratuais já deverá ser entendida como um reforço ao dever de boa fé insculpido no art. 227º.

¹⁰³ Como vimos no item 2.2.2 *supra*, os acordos pré-contratuais poderão atuar como fonte de deveres pré-contratuais tanto para efetivamente criar novos deveres conduta, quanto para reforçar ou concretizar deveres já existentes.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 183.

Finalmente, uma vez que se identifique que a ruptura de determinada negociação se operou de forma injustificada, resultando na inobservância do dever pré-contratual de lealdade, será preciso questionar, então, se a consequência de tal violação será ou não a obrigação de contratar.

O resultado de tal análise inevitavelmente variará de acordo com cada caso específico. De qualquer forma, em havendo uma obrigação de contratar¹⁰⁵, provável será que a indenização devida venha a compensar os danos com fundamento no interesse contratual positivo¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Referimo-nos aqui ao que dissemos na nota 88 acima acerca do caráter excepcional da *obrigação de contratar* no ordenamento jurídico português.

¹⁰⁶ A *indenização pelo interesse contratual positivo* visa colocar a parte lesada na situação em que estaria se o contrato fosse celebrado, o que inclui a compensação dos lucros que a celebração do contrato proporcionaria. Diferentemente, a *indenização pelo interesse contratual negativo* pretende que a parte lesada retorne à mesma situação em que estaria se não tivesse participado das negociações. Um maior desenvolvimento acerca deste tema pode ser encontrado no Capítulo 5 deste estudo, a propósito do incumprimento do *acordo de negociação*.

3. OS ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS E SUA DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS

3.1. Contrato-Promessa

O contrato-promessa é um acordo por meio do qual as partes (ou somente uma delas) se obrigam a celebrar um contrato definitivo – neste contexto, denominado *contrato prometido* – em um determinado momento futuro e/ou na hipótese de ser verificada determinada condição^{107 108 109}.

Com fundamento no que a doutrina convencionou chamar *princípio da equiparação*¹¹⁰, a regra é que ao contrato-promessa seja aplicado o regime do contrato prometido, com exceção das ressalvas legais acerca da forma e

¹⁰⁷ Esta definição aproxima-se da apresentada por Galvão Telles, para quem o contrato-promessa “é um contrato preliminar, que antecede e prepara o contrato definitivo (aquele que finalmente se tem em vista); pelo primeiro os interessados obrigam-se a, mais cedo ou mais tarde, celebrar o segundo”. TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 206.

Em sentido semelhante, Mariana Fontes da Costa vem dizer que o contrato-promessa é “o contrato por força do qual uma ou ambas as partes (consoante se trate de uma promessa unilateral ou bilateral) se obrigam, dentro de um dado prazo ou verificadas certas circunstâncias, a celebrar determinado negócio jurídico (em regra um contrato), ao qual se dá o nome de negócio jurídico prometido”. COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 86.

Almeida Costa (COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 380) e Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 204) preferem referir-se à definição de contrato-promessa adotada pelo próprio Código Civil em seu art. 410º/1.

¹⁰⁸ O presente item pretende apresentar a qualificação do contrato-promessa exclusivamente para apontar as semelhanças e as distinções entre este instrumento e os acordos pré-contratuais. Um aprofundamento doutrinário acerca do contrato-promessa pode ser encontrado, dentre outros, em PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 379-441 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 204-235.

¹⁰⁹ No Direito brasileiro, figura correspondente ao contrato-promessa é o *contrato preliminar*, previsto e regido pelos arts. 462 a 466 do Código Civil brasileiro. Segundo o doutrinador brasileiro Caio Mário, O contrato preliminar qualifica-se como sendo o contrato “por via do qual ambas as partes ou uma delas se compromete a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume III*, p. 81.

¹¹⁰ Cfr. PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p.441 e ss., COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 388 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 205.

daquilo que, por sua natureza, não deva ser considerado extensivo ao contrato-promessa (art. 410º/1 do Código Civil¹¹¹).

O contrato-promessa poderá ser bilateral, se ambas as partes estiverem obrigadas à celebração do contrato prometido, ou unilateral – hipótese reconhecida expressamente no art. 411º do Código Civil – quando somente uma das partes houver assumido esta obrigação.

Como regra, o contrato-promessa dotar-se tão somente de eficácia obrigacional, ainda que o contrato prometido tenha eficácia real. Todavia, a lei prevê que as partes poderão livremente atribuir eficácia real ao contrato-promessa se estiverem diante de uma promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registro (art. 413º/1 do Código Civil).

No que refere à forma, como comentamos, excepcionalmente não se aplica ao contrato-promessa o mesmo regime aplicável ao contrato prometido (art. 410º/1 do Código Civil). Assim sendo, a este instrumento se lhe aplica, em regra, o regime geral da liberdade de forma (art. 219º do Código Civil¹¹²).

Em uma primeira análise, o contrato-promessa parece aproximar-se dos acordos pré-contratuais notadamente por ser um contrato celebrado previamente e com vistas à conclusão de um segundo contrato, assim como ocorre com os acordos pré-contratuais de uma maneira geral.

Adicionalmente, tal qual ocorre com o contrato-promessa, também os acordos pré-contratuais não são dotados de eficácia real, assim como não estão sujeitos a qualquer forma solene.

¹¹¹ “Art. 410º/1. À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa”.

¹¹² “Art. 219º. A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir”.

Entretanto, da própria definição legal do contrato-promessa extraída do art. 410º/1 do Código Civil – “*convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*”, – é possível extrair uma primeira e relevante distinção entre esta figura e os acordos pré-contratuais.

Isto porque, da celebração de um contrato-promessa resulta para as partes¹¹³ uma verdadeira obrigação contratual de celebrar o contrato prometido, isto é, as partes ficam vinculadas a uma prestação, que é a assinatura de um determinado contrato.

Diferentemente, muito embora os acordos pré-contratuais sejam instrumentos livremente adotados pelas partes com o objetivo maior de celebrar o contrato final, deles não decorre uma obrigação contratual neste sentido. Em outras palavras, ainda na vigência destes acordos, as partes conservam sua liberdade de contratar ou não contratar¹¹⁴.

Como será visto no Capítulo 5, certos instrumentos pré-contratuais chegam a contemplar verdadeiras obrigações contratuais – cite-se, como exemplo, os acordos exclusividade e confidencialidade –, entretanto, nenhuma delas se reconduz à obrigação de concluir o contrato definitivo.

No que se refere às situações de incumprimento, a lei estabelece que, na hipótese de um não cumprimento espontâneo do contrato promessa por uma das partes, a parte inocente poderá, em regra, satisfazer o seu direito pela via da execução específica¹¹⁵, nos termos do art. 830º/1 do Código Civil:

“Art. 830º/1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza

¹¹³ Referimo-nos genericamente a *partes*, pois na maior parte das vezes em que é celebrado, o contrato-promessa assume o formato *bilateral*.

¹¹⁴ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1108 e COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 86.

¹¹⁵ O Direito brasileiro conta com dinâmica semelhante no que tange ao incumprimento do já referido *contrato preliminar*. Nos termos do art. 464 do Código Civil, nas situações de incumprimento o Juiz poderá “*suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação*”.

os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida”.

De uma simples análise do dispositivo legal apontado já se identifica haver duas situações em que a execução específica deverá ser afastada: (i) havendo *convenção em contrário*, o que se pode inclusive presumir nas hipóteses em que as partes tenham estipulado sinal ou pena para o incumprimento da promessa (art. 830º/2 do Código Civil) e (ii) se a execução específica for *incompatível com a natureza da obrigação assumida*, o que se verifica quando o contrato tem natureza pessoal, tais como a promessa de celebrar um contrato de trabalho¹¹⁶ e a promessa de doação^{117 118}.

Entretanto, para os fins dogmáticos de se comparar a figura do contrato-promessa com os acordos pré-contratuais, fixar-nos-emos na regra geral segundo a qual o incumprimento daquele faz emergir para a parte inocente o direito à execução específica. Neste contexto, surgirá, então, uma segunda importante distinção entre o contrato-promessa e os demais acordos pré-contratuais, no âmbito dos quais, em caso de incumprimento, não se poderá cogitar de uma tutela coercitiva cujo resultado seja a celebração forçada do contrato definitivo¹¹⁹.

¹¹⁶ Tal como aponta LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 216-217 e TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 223.

¹¹⁷ PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 921-922 e COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 422.

¹¹⁸ Para além destas hipóteses, em que não se pode cogitar de execução específica do contrato-promessa, releva destacar ainda que as partes podem também convencionar a revogação imotivada do próprio instrumento por meio do que se denomina *direito de arrependimento* (TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 220).

No Direito brasileiro, o direito de arrependimento é expressamente previsto no art. 463 do Código Civil, que prevê: “*Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do contrato definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive*”.

¹¹⁹ Referimo-nos aqui ao que dissemos acerca da possibilidade de execução específica de determinadas cartas de intenção no item 4.2.3 deste estudo.

O contrato-promessa diferencia-se, ainda, dos acordos pré-contratuais pelo fato de estes últimos estarem inseridos na fase de negociações, em um momento em que o conteúdo do contrato final ainda está ao menos parcialmente aberto. Ao contrário, embora o contrato-promessa anteceda o contrato definitivo, o conteúdo deste contrato final já estará integralmente acordado e previsto no contrato-promessa¹²⁰.

Assim, entre a assinatura do contrato-promessa e a celebração do contrato definitivo, não haverá que se falar em negociações adicionais. Daí as palavras de Almeida Costa, para quem “*o contrato-promessa deve definir o conteúdo do contrato prometido, de maneira a dispensarem-se ulteriores negociações para a sua celebração*”¹²¹.

Evidencia-se, portanto, mais uma distinção entre o contrato-promessa e os acordos pré-contratuais em geral, que, por sua natureza, contribuem diretamente para o desdobramento de negociações posteriormente à sua assinatura.

Finalmente, as razões pelas quais as partes optam pela celebração de um contrato-promessa distinguem-se daquelas que levam as partes a adotarem os demais acordos pré-contratuais.

No primeiro caso – do contrato-promessa –, as partes já chegaram a consenso com relação aos termos de um contrato final, mas não podem, por determinado motivo, celebrá-lo naquele momento ou, ainda, a celebração do contrato em momento posterior pode lhes trazer algum benefício¹²², e por isso recorrem ao contrato-promessa.

¹²⁰ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1108 e COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 86.

¹²¹ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 388. Com este mesmo entendimento, Galvão Telles vem dizer que “*o conteúdo do contrato prometido tem de ficar logo suficientemente precisado, de maneira a não se tornarem necessárias subsequentes negociações*”. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 216.

¹²² Cfr. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 381 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 205.

No segundo caso – dos acordos pré-contratuais – as partes, ainda se encontram em negociação e pretendem preservar sua liberdade de contratar ou não contratar, bem como de fixar o conteúdo do contrato futuro. Assim, o recurso aos acordos pré-contratuais poderá ter por objeto (i) regular e organizar as negociações em curso, (ii) regular a própria formação do contrato final e, ao fim e ao cabo, (iii) garantir um maior comprometimento de sua contraparte para com a negociação, reforçando o dever geral de boa fé que rege os preliminares dos contratos¹²³.

3.2. Pacto de Preferência

O pacto de preferência – ou pacto de prelação – é o acordo, regulado pelo Código Civil, por meio do qual uma parte (o *promitente*) se obriga a dar preferência a outra parte (o *beneficiário*) caso venha a, no futuro, optar por celebrar um contrato e o beneficiário tenha interesse em celebrar o referido contrato nas mesmas condições já aceitas por um terceiro¹²⁴.

Não obstante o fato de o art. 414º do Código Civil referir-se expressamente à compra e venda ao conceituar o pacto de preferência¹²⁵, o art. 423º possibilita sua extensão aos demais acordos que com ele sejam

¹²³ Os efeitos jurídicos e as funções dos acordos pré-contratuais serão detalhados nos Capítulos 4 e 5 deste estudo, especialmente no que se refere às cartas de intenção, com relação às quais se colocam os maiores questionamentos a este respeito.

¹²⁴ Apresentando definição semelhante para o pacto de preferência, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 443, TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 232, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 236 e COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 87.

À semelhança do que advertimos no âmbito do contrato-promessa, o presente item limitar-se-á a apresentar a conceituação do pacto de preferência, bem como as características que aproximam e distinguem a figura dos acordos pré-contratuais. Maiores esclarecimentos acerca do regime jurídico do pacto de preferência podem ser encontrados, dentre outros, em COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 442-459 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 236-249.

¹²⁵ “Art. 414º. O pacto de preferência consiste na convenção pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa.”

compatíveis¹²⁶, o que pode ocorrer com outros contratos onerosos que não tenham natureza pessoal, a exemplo do contrato de locação.

De seu conceito, extrai-se que estamos diante de um contrato unilateral, na medida em que somente uma das partes – o promitente – assume de fato uma obrigação, enquanto à outra parte – o beneficiário – será somente conferida a prerrogativa de exercer ou não seu direito de preferência¹²⁷.

Normalmente, o pacto de preferência atribui ao beneficiário tão-somente um direito de crédito, não sendo o direito de preferência, portanto, oponível a terceiros. A lei permite, contudo, que, por convenção das partes, seja conferida eficácia real ao direito de preferência que respeite a bens imóveis ou móveis sujeitos a registro¹²⁸.

No que se refere à forma, o pacto de preferência encontra-se sujeito ao mesmo regime do contrato-promessa, o que significa dizer que, excetuada a ressalva feita pelo próprio art. 415º do Código Civil¹²⁹, em regra, sua validade independe de forma especial.

Tal como ocorre na seara do contrato-promessa, a principal característica do pacto de preferência que o aproxima dos acordos pré-contratuais em geral é o fato de se tratar de um instrumento que antecede a conclusão de um contrato definitivo. Naturalmente que também contribuem para esta identificação entre as figuras a eficácia meramente obrigacional e a liberdade de forma a que acabamos de nos referir.

¹²⁶ “Art. 423º. As disposições dos artigos anteriores relativas à compra e venda são extensivas, na parte aplicável, à obrigação de preferência que tiver por objecto outros contratos com ela compatíveis”.

¹²⁷ Neste sentido, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 444 e TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 233.

¹²⁸ “Art. 421º/1. O direito de preferência pode, por convenção das partes, gozar de eficácia real se, respeitando a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registro, forem observados os requisitos de forma e de publicidade exigidos no art. 413º.”

¹²⁹ “Art. 415º. É aplicável ao pacto de preferência o disposto no nº 2 do artigo 410º”.

“Art. 410º/2. Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral”.

Para além destas semelhanças, tem-se, ainda o fato de que, diferentemente do que ocorre no contrato-promessa, à partida, não se extrai do pacto de preferência, assim como não se extrai dos acordos pré-contratuais, uma obrigação de contratar¹³⁰. Como vimos, a obrigação de dar preferência somente existirá na hipótese de o promitente optar livremente pela celebração do contrato final que fora objeto da preferência¹³¹.

Neste sentido, aliás, Menezes Leitão sublinha que “*o direito de preferência só surge caso o obrigado tome a decisão de celebrar o contrato em relação ao qual tenha concedido a preferência, não havendo naturalmente incumprimento da obrigação de preferência se o obrigado celebrar um contrato de natureza diferente do contrato preferível*”¹³².

Por fim, no pacto de preferência, à semelhança do que se verifica com as cartas de intenção – relevante modelo de acordo pré-contratual –, as partes não se encontram vinculadas a um conteúdo pré-estabelecido para o contrato final¹³³, permanecendo o promitente livre para estabelecer as condições que lhe interessar, diferentemente do que ocorre com a celebração de um contrato-promessa.

No entanto, tomada a decisão de contratar em determinados termos pelo promitente, sua liberdade de definir *com quem* contratar estará limitada, uma vez que o pacto de preferência o obriga a privilegiar a contratação do beneficiário que esteja em igualdade de condições com o terceiro com quem o promitente negociou. Sob este aspecto, parece-nos

¹³⁰ V. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 234.

¹³¹ Neste sentido, Ana Prata vem dizer que, no momento do exercício da preferência, “*a decisão da celebração e dos termos objectivos dela já o obrigado tomou, e livremente, em momento anterior*”. PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 368.

¹³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 241. Igualmente, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 444.

¹³³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 234 e PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 352. Esta última vem dizer que, em regra, o conteúdo do pacto de preferência não será sequer determinado – ou determinável –, do que resulta que não poderá ser vinculativo.

que o pacto de preferência afasta-se dos acordos pré-contratuais, que não tem o condão de operar limitação semelhante aos contratantes¹³⁴.

O pacto de preferência afasta-se ainda mais dos acordos pré-contratuais no momento em que o beneficiário opta por exercer o seu direito à preferência: a partir deste ato, as partes perdem sua liberdade de celebrar ou não o contrato definitivo.

Isto porque, se a *comunicação para preferência* deve, nos termos do art. 416º do Código Civil¹³⁵, conter o projeto referente ao negócio e as respectivas cláusulas do contrato¹³⁶, parece-nos que a *declaração de preferência* emitida pelo beneficiário aproximar-se-á da *aceitação* de uma *proposta contratual*, tendo o efeito de, uma vez apresentada, já formar o contrato, desde que observados eventuais requisitos de forma¹³⁷.

Na ausência da forma necessária para a formação do contrato, o encontro da declaração de preferência com a comunicação para

¹³⁴ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1109.

¹³⁵ “Art. 416º/1. Querendo vender a coisa que é objecto do pacto, o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato”.

A comunicação para preferência pode se operar pela via judicial, nos termos do art. 1028º e ss. do Código de Processo Civil.

¹³⁶ O conteúdo da comunicação para preferência comporta alguma discussão doutrinária, notadamente no que se refere à obrigação ou não de identificar o terceiro com quem se negociou, o que não releva para os fins deste estudo. Um aprofundamento acerca da discussão pode ser encontrado em LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 239-240 e TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 167.

¹³⁷ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 241. Em sentido algo diferente, Almeida Costa (COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 450) e Galvão Telles (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 238) entendem que somente se poderá cogitar da formação de um contrato definitivo se as partes demonstrarem inequivocamente intenção de se vincularem uma a outra, do que ousamos discordar. Para nós, a intenção vinculativa pode ser extraída da própria emissão da comunicação para preferência pelo promitente e da declaração para preferência pelo beneficiário. Para Galvão Telles TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 237-238), o instrumento que naturalmente se forma pelo encontro destas declarações é o contrato-promessa, o que para nós somente ocorre se os requisitos de forma necessários para a formação do contrato definitivo em si não tiverem sido atendidos, consoante se verá a seguir.

preferência poderá, então, dar azo à formação de um contrato-promessa, aqui, novamente, se os requisitos formais forem preenchidos¹³⁸.

De qualquer modo, mesmo com a impossibilidade de formação do contrato-promessa por inobservância de requisitos formais, as partes – promitente e beneficiário –, uma vez emitida a declaração de preferência, passarão a estar obrigadas a celebrar o contrato definitivo¹³⁹, incorrendo em responsabilidade pré-contratual na hipótese de não o fazerem.

Eis aqui mais uma substancial distinção entre o pacto de preferência (em que já houve o exercício da preferência) e os acordos pré-contratuais, de que não se cogita a obrigação de celebrar o contrato final.

É interessante notar, ainda, que o pacto de preferência visa regular precisamente o momento da celebração do contrato final, ao contrário do que se observa em um acordo pré-contratual que, em linhas gerais, pretende, ora regular a fase de negociações (como ocorre com os acordos de negociação, exclusividade e confidencialidade), ora dispor sobre o conteúdo do contrato final (a exemplo das cartas de intenção)¹⁴⁰.

Para além das distinções até então apresentadas, tem-se, ainda, que, após assinatura do pacto de preferência, não há que se falar em negociações entre as partes: com a celebração deste acordo, o promitente se obriga somente a apresentar ao beneficiário as condições contratuais negociadas com o terceiro, e o beneficiário deverá limitar-se a definir se pretende ou não exercer seu direito à preferência na conclusão do negócio. Ao contrário, a assinatura de acordos pré-contratuais acaba por contribuir para o incremento das negociações entre as partes.

¹³⁸ Cfr. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 450 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 241.

¹³⁹ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 241.

¹⁴⁰ Por este motivo, Patrícia Afonso Fonseca caracteriza o pacto de preferência como um acordo de “*carácter instrumental*”. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1109.

No âmbito da comparação que aqui apresentamos, merece destaque, por fim, a distinção existente entre o pacto de preferência e o acordo de exclusividade¹⁴¹: enquanto a celebração de um acordo de exclusividade pelas partes em negociação resulta na vedação à negociação com terceiros, o exercício da preferência, ao contrário, pressupõe a existência de negociações paralelas com ao menos um terceiro¹⁴², que deverá ter aceitado as condições comerciais propostas pelo promitente para que este então conceda a preferência ao beneficiário.

Naturalmente, como bem aponta Galvão Telles¹⁴³, nada obsta que o promitente decida procurar diretamente o beneficiário, sem que estejam em curso negociações com terceiros. No entanto, a hipótese que se coloca não mais se traduzirá no exercício de um direito de preferência, mas antes se aproximará de um convite para contratar ou de uma proposta.

3.3. Pacto de Opção

Seguindo a definição de Tiago Soares da Fonseca, o pacto de opção traduz-se em:

Uma “convenção mediante a qual uma das partes (concedente) emite a favor da outra (optante) uma declaração negocial que se consubstancia numa proposta contratual irrevogável referida a um certo contrato (principal), fazendo nascer, nesta última, o direito potestativo

¹⁴¹ O acordo de exclusividade traduz-se em um importante modelo de acordo pré-contratual, que será detalhado no Capítulo 5 deste estudo. Em linhas gerais, trata-se do o instrumento pelo qual uma ou ambas as partes assumem a obrigação de não negociar com terceiros o mesmo objeto negociado entre si.

¹⁴² Como sublinha Menezes Leitão: “*exigir-se-á antes uma negociação com terceiro, com o qual sejam acordadas as cláusulas a comunicar [ao beneficiário para exercer seu direito de preferência], designadamente preço e condições de pagamento*”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 239.

¹⁴³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 232-233. Este é, aliás, o motivo pelo qual Menezes Leitão defende que a comunicação a ser feita pelo promitente ao beneficiário para que este último possa exercer seu direito de preferência deve necessariamente referir-se ao “*contrato preferível*” que está em vias de se concluir com um terceiro. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 238-239.

de decidir unilateralmente sobre a conclusão ou não do mesmo^{144 145 146}.

Como se verifica, o conteúdo previsto no pacto de opção tem, em linhas gerais, natureza semelhante a da *proposta irrevogável*¹⁴⁷ (art. 230º do Código Civil), não podendo, portanto, ser retirada pelo declarante inicial.

Embora não previsto em lei, o pacto de opção é plenamente admissível no ordenamento jurídico português¹⁴⁸, sendo inclusive considerado um instrumento *socialmente típico*, notadamente em razão de sua ampla adoção na prática dos negócios.

¹⁴⁴ FONSECA, Tiago Soares da. *Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral*, p. 21

Seguindo a lição de Antunes Varela, no âmbito do pacto de opção, “*uma das partes emite logo a declaração correspondente ao contrato que pretende celebrar (...), enquanto a outra se reserva a faculdade de aceitar ou declinar o contrato, dentro de certo prazo: aceitando, o contrato aperfeiçoa-se sem necessidade de qualquer nova declaração da contraparte*”. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 310.

Em sentido algo semelhante, Menezes Cordeiro conceitua o pacto de opção como o instrumento “*pelo qual uma pessoa, querendo, pode provocar o aparecimento de um contrato predeterminado*”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 299.

Já Ferreira de Almeida sublinha que o contrato de opção “*é o contrato, oneroso ou gratuito, que tem por efeito a atribuição de um direito potestativo à formação de um outro contrato (contrato optativo)*”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 104.

¹⁴⁵ Tal qual esclarecemos no âmbito do contrato-promessa e do pacto de preferência, o presente item limita-se, em linhas gerais, a conceituar o pacto de opção, bem como a apontar as características que aproximam esta figura dos acordos pré-contratuais e aquelas que as diferenciam. Para um maior detalhamento do regime jurídico aplicável ao pacto de opção no âmbito do ordenamento jurídico português, FONSECA, Tiago Soares da. *Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral*.

¹⁴⁶ É possível que o pacto de opção tenha como objeto não a celebração de um novo contrato, mas antes a prorrogação de um contrato já existente, Para Baptista Machado, mesmo nesta hipótese estar-se-ia diante de um “*direito potestativo constitutivo*”, e não meramente “*modificativo*”. MACHADO, João Baptista. *Anotação*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117º, nº. 3724.

¹⁴⁷ Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 240, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 104 e PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 397-398. As diferenças existentes entre as figuras do pacto de opção e da proposta irrevogável não relevam para os fins do presente estudo, contudo, um maior detalhamento acerca do tema pode ser encontrado em FONSECA, Tiago Soares da. *Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral*, p. 43 e ss. e PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 399, nota 941.

¹⁴⁸ Sobre a admissibilidade dos contratos atípicos no ordenamento jurídico português, fazemos referência ao que dissemos no item 2.1 deste estudo, especialmente em sua nota 18.

A aproximação entre as figuras do *pacto de opção* e dos *acordos pré-contratuais* justifica-se notadamente porque tanto o primeiro quanto os últimos traduzem-se em instrumentos que antecedem a celebração de outro instrumento, denominado *contrato definitivo* (ou, no âmbito da opção, *contrato optativo*), sem, contudo, gerar uma obrigação mútua de celebrar este contrato final, a exemplo do que ocorre com a celebração do contrato-promessa, analisado no item 3.1 *supra*.

Como contrato atípico que é, o pacto de opção será regido principalmente de acordo com o que dispuserem as partes que, em regra lhe atribuem eficácia meramente obrigacional, bem como não lhe exigem qualquer forma solene, à semelhança do que ocorre nos acordos pré-contratuais.

Cabe observar, contudo, que no âmbito do pacto de opção, o exercício do direito potestativo de opção (ou a *aceitação*) por seu titular tem o efeito de, por si só, já aperfeiçoar o contrato¹⁴⁹, sem que haja a necessidade de novas negociações ou de qualquer manifestação adicional da parte que emitiu a declaração inicial¹⁵⁰. Daí decorrem, então, três diferenças fundamentais entre o pacto de opção e os acordos pré-contratuais:

Primeiramente, no âmbito do pacto de opção, a parte que emitiu a primeira declaração restará *vinculada* ao conteúdo proposto¹⁵¹, diferentemente do que ocorre na dinâmica dos acordos pré-contratuais, especialmente das cartas de intenção, como diante se verá.

¹⁴⁹ Ana Prata sublinha que o titular da opção gozará do direito de “*desencadear a conclusão do contrato por sua declaração de vontade unilateral*”. PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 395.

¹⁵⁰ Por esta razão, Ferreira de Almeida ressalta que a declaração inicial deverá já ser suficientemente clara e precisa (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 104), devendo dispor acerca de todos os elementos essenciais do contrato definitivo, além de revestir uma vontade inequívoca de contratar.

¹⁵¹ Corroborando a ideia de vinculação ao conteúdo aqui apresentada, Galvão Telles conceitua o pacto (ou contrato) de opção como sendo o “*acordo por força do qual uma das partes emite desde logo a declaração correspondente a um futuro contrato, ficando a ela vinculada, e a outra com a faculdade de vir ou não a aceitá-la*”. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 240.

Em segundo lugar, em oposição ao que ocorre com a celebração de um pacto de opção, a celebração de acordos pré-contratuais tendem a estimular o desenrolar das negociações, como teremos a oportunidade de analisar nos Capítulos 4 e 5 deste estudo.

Finalmente, esta sujeição que se verifica no pacto de opção de uma das partes (a que emitiu a declaração correspondente ao contrato) à livre vontade de sua contraparte (a titular da opção) tampouco se opera no contexto dos contratos pré-contratuais¹⁵².

Não obstante as distinções até então apresentadas, não se pode negar uma considerável semelhança entre o pacto de opção e a carta de intenção em que as partes já tenham acordado todo o conteúdo do contrato final, deixando sua celebração condicionada a uma determinada aprovação corporativa interna (*cláusula subject to the approval of the Board*)¹⁵³.

Isto porque, em ambos os casos estar-se-á diante de uma situação em que o conteúdo negociado encontra-se pronto para a celebração do contrato sem, contudo, estar-se diante de um efetivo contrato.

Nesta hipótese, parece-nos que a distinção entre a carta de intenção e o pacto de opção deverá levar em conta a vontade das partes ao final da negociação¹⁵⁴: se uma delas pretendeu vincular-se ao conteúdo acordado (talvez por já haver obtido as aprovações internas necessárias), deixando inteiramente a critério da outra parte a conclusão do negócio, estar-se-á no âmbito de um pacto de opção; se, ao contrário, a intenção de ambas as partes for a de não se vincular ao conteúdo acordado ou à celebração do contrato final, então se estará perante uma carta de intenção.

¹⁵² Apontando para esta distinção, COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 87. Igualmente reconhecendo o estado de sujeição da parte que não é titular do direito de opção, PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p. 402-405.

¹⁵³ Este e outros modelos de cartas de intenção serão objeto de análise no Capítulo 4 deste estudo.

¹⁵⁴ Neste mesmo sentido, COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 88.

3.4. Contrato-Quadro

O contrato-quadro traduz-se em um modelo contratual complexo, composto por um *contrato base* e por subsequentes *contratos de execução*. No contrato base são fixados os termos e condições que deverão ser observados nos contratos de execução caso estes venham a ser celebrados^{155 156}.

Em uma primeira análise, poder-se-ia traçar um paralelo entre o contrato-quadro e um acordo pré-contratual: o contrato base equivaleria ao *pacto in contrahendo*, enquanto os contratos de execução equivaleriam ao contrato definitivo.

Tal como ocorre com as cartas de intenção, da celebração de um contrato base não resulta qualquer obrigação de contratar. Como sublinha Galvão Telles, a obrigação “*não é de fazer o contrato, mas de, quando se faça, respeitar a regulamentação típica contratualmente fixada*”¹⁵⁷.

É possível extrair desta análise duas características que distinguem o contrato-quadro – ou, mais especificamente, o contrato-base – dos acordos pré-contratuais tais como a carta de intenção que fixa o conteúdo do contrato-futuro.

A primeira prende-se com a ideia de o contrato base já possuir natureza contratual¹⁵⁸, diferentemente do que se verifica com as cartas de intenção,

¹⁵⁵ Para Menezes Cordeiro, o contrato-quadro presta-se a estabelecer o “*núcleo comum*” dos contratos de execução. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 309.

¹⁵⁶ Novamente, advertimos que o esboço que traçamos acerca do contrato-quadro visa tão somente a sua comparação com os acordos pré-contratuais. Um maior detalhamento acerca do contrato-quadro pode ser encontrado em REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. *Do Contrato-quadro*.

¹⁵⁷ TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 242.

¹⁵⁸ O que justifica a menção, por Galvão Telles, a “*regulação típica contratualmente fixada*”. Ratificando a eficácia contratual do contrato base, COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 89 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1111.

que tem caráter pré-contratual, estando inseridas no contexto das negociações prévias a um contrato.

Já a segunda refere-se ao fato de que há uma verdadeira vinculação das partes ao conteúdo do contrato base – que deverá ser adotado *se e quando* se optar por celebrar os contratos de execução –, diferentemente do que se vislumbra na vigência de uma carta de intenção, em que é permitido às partes livremente renegociar o conteúdo antes acordado.

Outro traço que diferencia o acordo base dos acordos pré-contratuais em geral é o fato de que estes últimos, na maior parte das vezes, deixam de existir quando da celebração do contrato final¹⁵⁹, seja porque sua existência perde a razão de ser (pensemos nos acordos que se prestam a regular a fase de negociações), seja porque seu conteúdo foi absorvido pelo contrato definitivo. Ao contrário, o contrato base subsiste à celebração dos contratos de execução, complementando e regulando tais contratos sempre que se fizer necessário.

Finalmente, na prática dos negócios, os acordos pré-contratuais visam à celebração de um único contrato definitivo, enquanto a lógica do contrato-quadro é justamente que seu contrato-base sirva de suporte a múltiplos contratos de execução ao longo de uma relação contratual continuada¹⁶⁰.

¹⁵⁹ COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 89.

¹⁶⁰ Cfr. TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 242.

4. ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS QUE REGULAM O CONTEÚDO OU A FORMA DE UM CONTRATO FUTURO

4.1. As convenções entre as partes

Para além da celebração contratos preliminares ou de acordos pré-contratuais atípicos, o Código Civil prevê, ainda, a possibilidade de as partes convencionarem entre si certas questões de considerável relevo na hipótese de um contrato definitivo vir a ser celebrado no futuro.

Exemplo disso é o que prevê em seu art. 223º/1: nos termos deste dispositivo, as partes podem estipular, por convenção, uma forma especial para a declaração negocial. Em razão desta previsão, vigora uma presunção de que *as partes só pretendem se vincular por meio da forma então estipulada*.

Como se verifica, as partes não assumem, com esta convenção, qualquer obrigação de concluir o negócio, mas já deixam previamente acordada, desde a etapa de negociações, a forma que o referido negócio deverá assumir para que se presuma a sua conclusão.

Entretanto, cabe aqui ressaltar a ideia de que as partes somente pretendem se vincular por meio de uma forma convencionada anteriormente configura uma mera *presunção legal*, passível, como tal, de ser ilidida mediante prova em contrário, nos termos do art. 350º/2 do Código Civil.

Para além da possibilidade de afastamento da presunção legal, o art. 223º/2 excetua, ainda, a hipótese de a forma da declaração negocial não ter sido convencionada com antecedência, mas somente quando da conclusão do negócio ou mesmo após este momento: neste caso, havendo fundamento para admitir a intenção das partes de se vincularem de imediato, ainda que sem a observância da forma estipulada, ficará igualmente afastada a presunção a que acima se referiu.

O Código Civil prevê, ainda, em seu art. 218º, a possibilidade de as partes, por convenção, atribuírem um *valor ao silêncio*.

Isto porque, conforme define Menezes Cordeiro¹⁶¹, “o silêncio, por definição, implica a ausência de qualquer declaração, expressa ou tácita”. Excepcionalmente, contudo, poderá o silêncio valer como declaração negocial, contanto que tal valor lhe seja atribuído por lei, pelos usos ou *por convenção*.

No âmbito das negociações para um contrato futuro, as partes poderão, então, prever antecipadamente que o silêncio, em determinadas situações, tenha um significado negocial.

Aqui, igualmente, não há qualquer vinculação de uma parte perante a outra acerca da celebração de um contrato adiante, mas há, sim, uma vinculação destas partes ao valor que, no exercício de sua autonomia privada, atribuíram ao silêncio na conclusão e na vigência do futuro contrato¹⁶².

4.2. As cartas de intenção que fixam o conteúdo já acordado entre as partes

4.2.1. Considerações Gerais

A carta de intenção (ou “as cartas de intenção”), como usualmente se denomina em Portugal o termo inglês *letter of intent*, tem sua origem nos Estados Unidos¹⁶³, onde era adotada na prática negocial das

¹⁶¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, vol. I – Parte geral, tomo I*, p. 545 e seguintes.

¹⁶² Não há dúvidas de que as partes, no exercício da mesma autonomia privada, podem vir a revogar, de comum acordo, a convenção que fizeram acerca do valor do silêncio. Não havendo revogação, contudo, permanecem as partes vinculadas àquilo que acordaram em momento anterior à conclusão do negócio.

¹⁶³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 311.

grandes empresas, que com frequência enfrentavam longos processos de negociação de contratos complexos.

O instrumento pode assumir o formato de uma declaração unilateral, hipótese em que somente a intenção de uma das partes está contemplada no instrumento, mas pode também assumir a forma de um acordo pré-contratual, quando o compromisso de ambas as partes encontra-se ali refletido. Este segundo modelo é por vezes denominado *memorandum of understanding* ou *heads of agreements*.

Para os fins deste estudo, as referências às cartas de intenção prendem-se com o seu formato bilateral, isto é, de pacto *in contrahendo*¹⁶⁴.

As cartas de intenção, assim como os demais acordos pré-contratuais analisados neste estudo, são utilizadas ao longo das negociações de contratos complexos, cuja formação, como já se viu, não ocorre de forma instantânea, mas progressivamente.

Há, em nossa doutrina, quem reconduza grande parte dos acordos pré-contratuais – senão todos – a espécies de um gênero denominado *cartas de intenção*¹⁶⁵. Se assim entendermos, serão consideradas espécies de cartas de intenção tanto os acordos que tem como objeto a

¹⁶⁴ A carta de intenção bilateral é o modelo a que mais se recorre na prática dos dias de hoje. Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1106.

¹⁶⁵ Este é o entendimento de Patrícia Afonso Fonseca em estudo dedicado especificamente às cartas de intenção. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1107.

Já Menezes Cordeiro aponta para um caminho intermediário, pois contempla dentre os possíveis modelos de cartas de intenção, dentre muitos outros, as *cartas-seriedade* (que nada mais são que uma ratificação da intenção de negociar de boa fé) e as *cartas procedimentais* (em que as partes acordam os próximos passos da negociação em curso), mas confere autonomia a outros acordos pré-contratuais, a exemplo do *acordo de negociação* e do *acordo de base*. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 309-315.

regulação das negociações em curso¹⁶⁶ quanto os acordos que visam regular o conteúdo ou a forma do contrato futuro.

Parece-nos, contudo, que os efeitos jurídicos e a relevância destes acordos pré-contratuais serão bastante distintos consoante se propuserem a regular a negociação ou o contrato futuro.

Por esta razão, optamos, nesta exposição, por delimitar o conceito de carta de intenção aos acordos em que as partes declaram sua intenção de celebrar um contrato em momento posterior¹⁶⁷ – sem, contudo, obrigar-se a celebrar este contrato – e regulam o conteúdo e/ou a forma deste futuro contrato¹⁶⁸, tratando dos acordos que regem as negociações como figuras autônomas.

Partindo desta premissa, o conteúdo das cartas de intenção prender-se-á notadamente com a reprodução dos aspectos sobre os quais já há consenso entre as partes e que farão parte do contrato final caso o negócio venha a se concluir. Daí as palavras de Menezes Leitão, para quem as cartas de intenção “*destinam-se essencialmente a cristalizar o estado das negociações em determinado momento*”¹⁶⁹.

O recurso a tais instrumentos justifica-se especialmente (i) nas situações em que as partes desejam conferir maior seriedade às

¹⁶⁶ Tem-se, como exemplo destes, o *acordo de negociação*, o *acordo de exclusividade*, e o *acordo de confidencialidade*, todos analisados no Capítulo 5 do presente trabalho.

¹⁶⁷ Para Menezes Cordeiro, a carta de intenção é “*uma declaração, normalmente em forma epistolar e que consigna uma vontade já sedimentada de, em determinadas condições, concluir certo contrato, embora sem se obrigar a tanto*”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 309.

¹⁶⁸ Santos Júnior se refere a estes acordos como *acordos parciais* (SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 601), enquanto José de Oliveira Ascensão os denomina *acordos intercalares* (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 376).

¹⁶⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 53. Daquilo que se falou acerca da possibilidade de se conferir um maior espectro às cartas de intenção, conclui-se que o posicionamento de Menezes Leitão aqui destacado somente será acompanhado por aqueles que, como nós, preferem reconduzir os demais acordos pré-contratuais a figuras autônomas e distintas das cartas de intenção.

negociações, mas o conteúdo até então acordado não basta para a celebração de um contrato-promessa ou de um contrato definitivo¹⁷⁰ e (ii) sob a ótica da análise econômica do Direito, quando as partes desejam postergar a assunção dos riscos inerentes à celebração de um contrato¹⁷¹.

Não obstante a delimitação do conceito de carta de intenção que adotamos, não nos parece, contudo, que este instrumento deva ser reconduzido à figura da *minuta*.

Isto porque, embora definida por Menezes Cordeiro como “*um documento no qual as partes vão exarando os diversos pontos a inserir no futuro contrato, à medida que sejam acordados*”¹⁷², a minuta limita-se a documentar os pontos discutidos, sem qualquer intenção subjacente. Já a carta de intenção, como o próprio nome sugere, formaliza uma vontade das partes relativamente à negociação e ao conteúdo ali contemplado¹⁷³.

Não obstante as cartas de intenção, na forma que aqui entendemos, limitarem-se à instrumentalização de aspectos já acordados entre as partes, nem sempre seu conteúdo será o mesmo. Esta variação se operará especialmente em razão do grau mais ou menos avançado em

¹⁷⁰ Menezes Cordeiro recorda que a inclusão de questões em aberto nos contratos poderia conduzi-lo à nulidade por indeterminabilidade do objeto. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 313.

¹⁷¹ Para maiores desdobramentos acerca do tema, ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, p. 147 e ss.

¹⁷² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 297. No plano dos negócios, a este documento comumente se refere como *heads of agreement* (ou, em português, “acordo de princípios”).

¹⁷³ Em sentido algo semelhante, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1126.

Em sentido contrário, traduzindo as cartas de intenção, o acordo de princípio e a minuta como sinônimos, são as palavras de Galvão Telles: “*Assim, também se fala de ‘minuta’ quando as partes elaboram um texto que exprime a sua vontade contratual, mas ainda não pretendem vincular-se ou vincular-se nos seus exactos termos. ‘Cartas de intenção’ ou ‘acordo de princípio’ têm, segundo nos parece, o mesmo significado.*” TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 206.

que se encontram as negociações, bem como da vontade das partes que, no exercício de sua autonomia privada – de que as cartas de intenção são clara manifestação –, poderão dotar-se de um maior ou menor interesse em vincular-se a um contrato futuro, como veremos a seguir.

4.2.2. O problema da vinculação das cartas de intenção

O principal problema que se coloca acerca das cartas de intenção no ordenamento jurídico português é a questão de saber se estes instrumentos conduzem a uma vinculação jurídica, isto é, se as partes ficam atreladas ao seu conteúdo e sujeitas a obrigações, dentre as quais se destaca a própria obrigação de celebrar o contrato futuro¹⁷⁴.

A discussão acerca da vinculatividade em acordos tais como as cartas de intenção não é recente. Em obra de 1931, Cunha Gonçalves já levantava o seguinte questionamento:

*“Os acordos parciais que se vão realizando sobre alguns dos pontos em debate são designados por punctação, visto não haver, ainda aceitação. Discute-se, porém, se estes acordos parciais são vinculativos, ou, pelo contrário, é livre às partes a ruptura das negociações antes da total aceitação, já se vê, não sendo o contrato formal”.*¹⁷⁵

Ainda nos dias de hoje, a dúvida acerca da eficácia vinculativa das cartas de intenção dota-se de bastante relevo, especialmente na medida em que uma eventual conclusão no sentido de que tais instrumentos não criam para as partes qualquer obrigação fará surgir a questão de

¹⁷⁴ Neste mesmo sentido a doutrinadora brasileira Judith Martins-Costa vem dizer que “se põe a questão de saber se essas novas figuras conduzem a uma verdadeira vinculação jurídica, mesmo que ainda em estado embrionário, dotadas, portanto, de eficácia e coercibilidade próprias à instância do mundo jurídico ou se seus efeitos estão, ao contrário, confinados tão somente ao universo dos princípios morais, das promessas sem valor jurídico para as quais a violação não conduz necessariamente à sanção”. MARTINS-COSTA, Judith. *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*, p. 3.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, p.245.

saber qual seria, então, a sua relevância jurídica. Pelos motivos que seguem, a resposta à questão que se coloca não será tão simples.

Muito embora o Direito português reconheça a existência dos *preliminares*¹⁷⁶, isto é, de uma etapa de negociações prévias à conclusão de um contrato, suas normas não regulam, em termos mais específicos, as tratativas dos contratos que se formam de modo progressivo, fase em que se insere a celebração das cartas de intenção¹⁷⁷.

Do mesmo modo, as normas que regem os contratos internacionais – seara em que muito frequentemente as partes recorrem a acordos pré-contratuais¹⁷⁸ – tampouco enfrentam diretamente a formação continuada dos contratos¹⁷⁹ e, portanto, não ajudam a solucionar a questão da eficácia jurídica das cartas de intenção.

É o que se verifica, por exemplo, na Seção 1 do Capítulo 2 dos Princípios Unidroit¹⁸⁰ e nos arts. 14 a 24 da Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais¹⁸¹, ambos tratando da formação de contratos.

¹⁷⁶ Referimo-nos aqui ao art. 227º/1 do Código Civil.

¹⁷⁷ O Código Civil regula expressamente o contrato-promessa e o pacto de preferência. Contudo, a vinculatividade destas figuras não se discute, razão pela qual este tratamento legal pouco contribui para a análise que pretendemos fazer neste tópico.

Atenta a esta insuficiência normativa, a autora brasileira Maristela Basso sublinha que “*Os direitos internos revelam-se inadequados ao visar à disciplina satisfatória das cartas de intenção, como das negociações preliminares, em geral, pois o edifício clássico sedimentou-se focalizando contratos mais simples, quase sempre de formação instantânea*”. BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 30.

¹⁷⁸ Como apontamos em nosso Capítulo 2, o fato de um contrato internacional ser negociado entre partes de diferentes países contribui diretamente para a sua complexidade na medida em que, para além da distância física, acrescem-se, ainda, outros desafios, tais como a diversidade de idiomas e especialmente de ordenamentos jurídicos. Com vistas a minimizar a complexidade de uma negociação como estas é que frequentemente se recorre às cartas de intenção.

¹⁷⁹ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 54.

¹⁸⁰ Muito embora não se possa extrair dos Princípios Unidroit as respostas que buscamos acerca da vinculatividade das cartas de intenção, sua Seção 1 do Capítulo 2 trata de questões que relevam no âmbito da formação continuada dos contratos e que podem auxiliar nesta tarefa, a exemplo do art. 2.1.13 (*Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form*) e do art. 2.1.14 (*Contract with terms deliberately left open*), conforme veremos a seguir.

Também a doutrina portuguesa ainda hoje mais se ocupa dos desenvolvimentos referentes ao clássico processo de formação de contrato¹⁸², referindo-se à fase de negociações quase que tão-somente sob a ótica da responsabilidade pré-contratual¹⁸³.

De qualquer modo, sabe-se, à partida, que as partes, ao optarem pela celebração uma carta de intenção ao longo de um processo de negociação, pretendem, no exercício de sua autonomia privada, manter sua liberdade de celebrar ou não o contrato futuro.

Esta característica é, a propósito, um dos principais traços definidores das cartas de intenção, e que as diferenciam substancialmente do contrato-promessa, de cujo conteúdo já se extrai uma verdadeira obrigação de contratar, nos termos apresentados no Capítulo 3 deste estudo.¹⁸⁴

Não obstante, não se deve concluir à partida que as partes que assinam uma carta de intenção não estarão, em nenhuma hipótese, vinculadas ao seu conteúdo ou a um contrato futuro. É necessário antes analisar em que circunstâncias o instrumento foi adotado.

¹⁸¹ UNITED NATIONS. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

¹⁸² Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 79.

¹⁸³ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 569-570.

¹⁸⁴ Daí as palavras de Menezes Leitão, para quem “o elemento definidor principal das cartas de intenção reside na consideração pelas partes de que conservam a sua liberdade de celebração do contrato. (...) Sempre que as partes demonstrem considerar concluídas as negociações ou excluam a sua liberdade de celebração do contrato, vinculando-se a essa celebração, estaremos perante a efectiva celebração do contrato ou perante um contrato-promessa, não perante uma carta de intenção”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 61.

Em um estágio preliminar das negociações, as partes podem optar pela celebração de cartas de intenção justamente para formalizar que ainda não estão preparadas para assumir qualquer compromisso¹⁸⁵.

Nesta hipótese, as partes formalizarão os pontos sobre os quais já houve consenso, mas a verdadeira razão para a adoção do instrumento será precisamente garantir que as negociações possam ser suspensas a qualquer momento sem que nenhuma responsabilidade decorra para as partes no caso de uma eventual ruptura¹⁸⁶.

A assinatura de cartas de intenção como estas, embora plenamente possível, parece-nos, de certa forma, contrária à lógica que rege a celebração de acordos pré-contratuais em geral, que é, notadamente, reforçar uma vontade das partes de dar continuidade às negociações.

Exceto no que se refere a estes instrumentos que afastam o compromisso das partes com o prosseguimento das tratativas, a tarefa de determinar a vinculatividade jurídica das cartas de intenção deverá levar em conta, primeiramente, suas características em cada caso concreto, já que o conteúdo destes instrumentos poderá variar tanto de acordo com o grau de avanço das negociações, quanto em razão da própria vontade das partes¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Reconhecendo a existência de cartas de intenção com esse propósito, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 58, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 600 e BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação, p. 30-31.

¹⁸⁶ Para Eduardo Santos Júnior e Maristela Basso, a exclusão de responsabilidade proposta é possível, excetuadas as situações em que a ruptura tenha se dado de forma abusiva ou dolosa (SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 600 e BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação, p. 31). Em sentido contrário, Menezes Leitão não admite a possibilidade de uma “renúncia antecipada à indenização” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 58, nota 17).

¹⁸⁷ A vontade das partes será apurada por meio de interpretação. Neste sentido, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 601.

Neste sentido, refere Menezes Leitão que “o conteúdo [das cartas de intenção] varia, consoante o alcance do estado das negociações nelas registado. Naturalmente que os seus efeitos jurídicos também serão diferentes em função desse estado.”¹⁸⁸.

Em segundo lugar, será necessário verificar se a carta de intenção em questão documenta ou não a existência de acordo entre as partes acerca dos *elementos essenciais* do contrato¹⁸⁹, sendo antes forçoso atentar para o que se entende por elemento essencial.

Para além daquilo que se considera *objetivamente essencial*, que são, notadamente, as cláusulas de cujo teor é possível extrair verdadeiramente o conteúdo do contrato, deve-se acrescer, ainda, as cláusulas consideradas *subjetivamente essenciais*, traduzidas em disposições que, embora sob a ótica objetiva possam ser entendidas como acessórias, relevam para qualquer das partes, por qualquer motivo, naquele caso concreto¹⁹⁰.

Na hipótese de as partes celebrarem uma carta de intenção em que os elementos essenciais do contrato em negociação ainda encontram-se abertos, naturalmente, não se poderá extrair do instrumento qualquer obrigação de celebrar o contrato final, justamente pela falta de um conteúdo que lhe é indispensável.

Inexistindo obrigação de contratar, questiona-se, ainda, se as partes deveriam ficar ao menos vinculadas à parcela do conteúdo sobre o qual

¹⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 57.

Nesta mesma direção são as palavras da doutrindora brasileira Maristela Basso, que, com relação à discussão acerca da vinculatividades das cartas de intenção, afirma: “Tudo depende, portanto, de como está redigida a carta de intenção, do seu conteúdo, de sua forma e fundo. Por isso é difícil a generalização, já que estamos no reino da autonomia da vontade.” BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 30.

¹⁸⁹ Com relação ao tema, Oliveira Ascensão vem dizer: “Se as partes já chegaram a acordo sobre 18 pontos, mas ainda resta um dos considerados essenciais, ainda não estão vinculadas a nada”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 377.

¹⁹⁰ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p.1123, nota 45.

já há consenso. Em outras palavras, caso as partes venham a optar pela posterior celebração do contrato final, estarão vinculadas ao conteúdo da carta de intenção anteriormente assinada?

Parece-nos que a resposta a este questionamento deve ser negativa¹⁹¹. Primeiramente, porque os acordos parciais alcançados não afastam a necessidade de se obter um acordo global, isto é, acerca do conteúdo integral do contrato, para que este se conclua¹⁹².

Em segundo lugar porque, sendo a vontade de qualquer das partes, no âmbito de sua autonomia privada, renegociar certas condições já acordadas, não há razão para que tais condições não possam ser rediscutidas¹⁹³.

Isto porque, na prática, se a parte que pretende renegociar determinados termos de uma carta de intenção não puder fazê-lo, sua opção óbvia será, então, a não celebração do contrato, já que, como vimos, não haverá que se falar em obrigação de contratar.

Por outro lado, admitir a renegociação de termos previamente acordados em uma carta de intenção por iniciativa de uma parte não

¹⁹¹ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão vem afirmar: “*Esses acordos parcelares não são juridicamente vinculativos. Só ganham essa força com a conclusão do contrato. Até lá, podem a todo momento ser repostos em discussão e caducam se acordo total não for obtido*” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 376). Com o mesmo entendimento, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1128 e DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la formazione dei contratti*, p. 54.

Em sentido contrário, SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, p. 64 e SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 601, para quem as partes ficam vinculadas aos termos já acordados, salvo se a reabertura das discussões se justificar pelo próprio andamento das negociações.

¹⁹² Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1126.

¹⁹³ No âmbito da *Common Law*, J. Beatson têm posição semelhante ao tratar da cláusula *subject to contract*, que será adianta analisada, ao dizer que *a inserção desta cláusula num acordo implica a faculdade de as partes renegociarem as suas condições*. Anson's Law of Contract, 27th ed., Oxford, University Press, 1998, p. 69 *apud* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 61.

gera qualquer prejuízo para a outra parte, que poderá sempre manter a posição já formalizada na carta de intenção.

Assim, em ambos os casos as partes mantêm sua prerrogativa de não contratar, mas da segunda opção resulta uma maior probabilidade de consenso, o que, a nosso sentir, deve ser incentivado.

A possibilidade de renegociação de termos já fixados em uma carta de intenção é reconhecida – e criticada¹⁹⁴ – pelos operadores de contratos internacionais, para quem, nas palavras de Menezes Leitão, das cartas de intenção “*não resulta a assunção de obrigações em sentido próprio, pelo que as partes continuariam livres de discutir também os pontos da negociação já versados nas cartas de intenção*”¹⁹⁵.

Existe, contudo, a possibilidade de as partes celebrarem uma carta de intenção de que resulte o *acordo sobre todos os elementos essenciais do contrato final* – sob as óticas objetiva e subjetiva–, deixando para o futuro somente negociações referentes a questões acessórias.

Nestes casos, é possível caminhar para algumas soluções distintas, que consoante se verá, resultarão em uma maior ou menor vinculação jurídica das partes. Passemos a analisá-las:

(i) Não obstante o acordo acerca de todos os elementos essenciais, qualquer das partes pode estabelecer que o consenso acerca de *elementos não essenciais* faz-se igualmente indispensável à celebração do contrato futuro naquele caso específico.

Nesta hipótese, muito embora o conteúdo da carta de intenção possa aproximar-se do conteúdo do contrato futuro, no âmbito do

¹⁹⁴ Os operadores de contratos internacionais tendem a não reconhecer a relevância jurídica das cartas de intenção justamente pelo fato de seus termos não serem vinculativos (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 61). Os efeitos jurídicos e a relevância das cartas de intenção serão analisados no Capítulo 4 deste estudo.

¹⁹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 61.

ordenamento jurídico português, a primeira figura não se poderia reconduzir à segunda, em atenção à previsão do art. 232º do Código Civil. O dispositivo determina que um contrato não se conclui enquanto não houver acordo acerca de *todas as cláusulas* sobre as quais qualquer das partes julgue necessário haver acordo¹⁹⁶.

Apontando para esta mesma direção, na seara dos contratos internacionais os Princípios Unidroit determinam que:

“ARTICLE 2.1.13

(Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form” ¹⁹⁷.

Do mesmo modo, diante de uma carta de intenção com esta característica, tampouco se poderá extrair qualquer obrigação de contratar, justamente em razão da falta de consenso acerca de questões que, nos entender das partes – ou ao menos de uma delas – são indispensáveis.

¹⁹⁶ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 54.

Sobre o tema, não podemos acompanhar Eduardo Santos Júnior, para quem, se uma carta de intenção refletir o acordo das partes acerca de todos os elementos essenciais, os elementos acessórios não acordados poderão ser objeto de integração, nos termos do art. 239º do Código Civil, não se estando mais diante de uma carta de intenção, mas antes do próprio contrário final. SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 602.

¹⁹⁷ No âmbito dos contratos internacionais, nada impede que as partes venham a estabelecer justamente o contrário, isto é, que ainda que falte consenso com relação a determinada questão, o contrato deve ser considerado concluído. É o que se extrai do art. 2.1.14 dos mesmos princípios Unidroit: *“ARTICLE 2.1.14 (Contract with terms deliberately left open). (1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence. (2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently (a) the parties reach no agreement on the term; or (b) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties”*.

(ii) Pode ocorrer que as partes acordem acerca de todos os elementos essenciais para a celebração de um contrato, mas estabeleçam expressamente que a conclusão do negócio encontra-se sujeita à celebração do contrato, usualmente por meio da aposição, na própria carta de intenção, da expressão *subject to contract*¹⁹⁸.

À partida, na hipótese de todos os elementos essenciais do contrato futuro restarem acordados, poder-se-ia cogitar de uma presunção de que as partes concluirão o negócio¹⁹⁹.

Entretanto, se as partes optam por manifestar inequivocamente seu interesse de que a carta de intenção, por si só, não seja entendida como um instrumento vinculativo, a presunção a que se referiu acima deverá ser afastada.

Isto porque, a autonomia privada vem garantir – ressalvadas as situações excepcionais em que se pode identificar uma obrigação de contratar – que não haverá contrato se não houver vontade de contratar.

Constando, portanto, ressalva expressa das partes no sentido de que uma carta de intenção não as deve vincular, é esta vontade que deverá prevalecer²⁰⁰, e somente com a celebração do contrato final é que as partes estarão efetivamente vinculadas uma à outra.

¹⁹⁸ No direito anglo-saxônico surgem outras expressões de igual teor, a exemplo do “*not binding until final agreement is executed*” e do “*subject to a formal contract drawn up by our solicitors*”. SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 596 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 60.

¹⁹⁹ Conforme MACHADO, João Baptista. *A cláusula do razoável*, p. 139.

²⁰⁰ Assim entendem SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 603, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 60-61 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p.1124.

(iii) Pode ocorrer ainda que, não obstante haja consenso acerca de todos os elementos essenciais, as partes condicionem a celebração do contrato final à verificação de uma determinada condição.

Tais condições podem ter natureza potestativa, como é o caso de uma futura aprovação pela Diretoria ou pelo Conselho de Administração das partes (cláusula conhecida como *subject to the approval of the Board*), mas podem também ser uma condição externa, a exemplo da obtenção de um financiamento ou da necessária aprovação prévia do negócio por um determinado órgão governamental.

Indaga-se, neste contexto, se a verificação da condição imposta resulta ou não em uma obrigação de celebrar o contrato final, para o que defendemos uma resposta afirmativa.

Ora, se a implementação da condição não puder levar automaticamente à celebração do contrato futuro, isto é, se a formação deste contrato permanecer dependente da vontade das partes, parece-nos que não se estará precisamente diante de uma carta de intenção sujeita à condição, mas, novamente, na figura da carta de intenção *subject to contract*, examinada no item (ii) acima.

A propósito das cartas de intenção sujeitas a uma condição, Menezes Leitão sublinha que “*não se trata da celebração de contratos sujeitos a condição suspensiva ou resolutiva, mas antes de reenviar a conclusão do contrato para um facto futuro e incerto posterior, após a celebração de uma minuta do mesmo*”²⁰¹.

Com relação ao tema, não podemos seguir a posição do autor: parece-nos que, partindo da premissa de que a verificação da condição estabelecida resulta na celebração do contrato final (como defendemos), os efeitos jurídicos desta carta de intenção serão

²⁰¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 58-59.

essencialmente os mesmos de um contrato cuja eficácia se sujeita à verificação de uma condição suspensiva.

Em outras palavras, a carta de intenção sujeita à condição poderia ser reconduzida a um contrato definitivo cuja eficácia encontra-se suspensa até a operação de uma condição^{202 203}.

É bem verdade que, na prática das grandes empresas, será sempre mais fácil aprovar em seus órgãos internos (Diretoria, Conselho de Administração etc.) a celebração de uma carta de intenção – dada a sua natureza de acordo pré-contratual –, e não a conclusão de um contrato definitivo, ainda que sua eficácia esteja sujeita a determinada condição.

Por esta razão, embora possamos desqualificar, sob o ponto de vista dogmático, a distinção que analisamos aqui, a qualificação do instrumento que vimos como uma carta de intenção sujeita a condição – e não um contrato com eficácia sujeita a uma condição – traz em si um benefício de cariz especificamente negocial.

(iv) Por fim, é possível que as partes celebrem uma carta de intenção de que resulte o consenso acerca de todos os elementos essenciais para a conclusão do contrato em negociação e não condicionem o conteúdo do instrumento à celebração de um contrato futuro ou à ocorrência de qualquer condição.

Nesta hipótese, em que é possível extrair da carta de intenção o exato conteúdo do contrato final, e não há qualquer ressalva acerca do desejo

²⁰² Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1124.

²⁰³ Interessante notar que, somente no caso específico das cartas de intenção que contem a cláusula *subject to the approval of the board*, Menezes Leitão considera que tanto se poderá estar diante da “*formação de um contrato sujeito a uma condição potestativa*” quanto de uma “*reserva de não dar o seu acordo ao contrato sem obter previamente a aprovação da administração*”, hipótese em que o acordo se reconduziria a uma carta de intenção (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 59, nota 20). Parece-nos, contudo, que esta identidade entre o contrato sujeito a condição e carta de intenção com condição se observará com relação a qualquer condição imposta, e não só relativamente à cláusula *subject to approval of the Board*.

das partes de não se vincularem ao contrato futuro, coloca-se a questão de saber se não se está, já, diante de um contrato-promessa (de que resulta uma obrigação de contratar) ou mesmo do efetivo contrato negociado, a despeito da adoção, talvez equivocada, da denominação do documento como carta de intenção.

Sobre o tema, Menezes Leitão vem afirmar, no âmbito da contratação internacional, que:

“Assim, caso as denominadas cartas de intenção já contenham todos os elementos essenciais do contrato, parece que mais precisamente se falará da verdadeira formação de um contrato internacional (...). Neste caso, não existirá assim uma verdadeira situação de cartas de intenção, no sentido de acordos pré-contratuais, mas antes de verdadeiros contratos já celebrados, cujo incumprimento sujeita as partes à responsabilidade contratual com indemnização pelo interesse contratual positivo”^{204 205}.

À partida, não se pode perder de vista que o principal elemento definidor das cartas de intenção é justamente a manutenção, pelas partes, de uma liberdade de contratar ou não contratar. Daí porque jamais se poderá deduzir, de antemão, que se está diante de um contrato-promessa ou de um contrato definitivo se as partes denominaram o instrumento como carta de intenção.

Contudo, se for conduzida uma precisa interpretação da conduta e da vontade das partes ao longo das negociações, bem como sendo devidamente verificado o conteúdo do documento, parece-nos possível que, ao menos em determinados casos, uma carta de intenção seja

²⁰⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 57.

²⁰⁵ Relativamente aos limites da indenização pelo interesse contratual positivo, reportamo-nos novamente ao que dissemos no Capítulo 5 deste estudo a propósito do incumprimento do acordo de negociação.

reconduzida à figura do contrato-promessa²⁰⁶, ou, em última análise, ao próprio contrato final²⁰⁷.

Pensemos, por exemplo, na hipótese de as partes, durante a vigência de uma carta de intenção da qual constem todos os elementos essenciais do futuro contrato e que não se sujeite a qualquer condição, darem início à execução das disposições previstas na carta de intenção como se já estivessem diante de um contrato final.

Neste caso, parece não restar dúvidas acerca da vontade das partes de se vincularem mutuamente, como se já existisse um contrato válido. Portanto, não vemos motivos para que a carta de intenção em questão não possa ser entendida como o próprio contrato final.

Diante de situação semelhante, Joaquim de Sousa Ribeiro aponta para o fato de que uma eventual recusa de formalização do contrato final em uma hipótese como esta sequer se traduziria em um rompimento de tratativas negociais – uma vez que as negociações já teriam se encerrado –, mas antes em uma violação a um *dever legal de formalização* do negócio que resulta do inequívoco interesse das partes em executar o conteúdo avençado²⁰⁸.

De todas as situações analisadas, conclui-se que somente as cartas de intenção sujeitas à verificação de uma determinada condição e aquelas em que há consenso acerca de todos os elementos essenciais sem que as partes apresentem ressalvas – analisadas nos itens (iii) e (iv) acima – é

²⁰⁶ Cfr. PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p.131-132, nota 252.

²⁰⁷ A possibilidade de recondução da carta de intenção ao contrato final funda-se em uma interpretação a *contrario sensu* do art. 232º do Código Civil. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1123.

Igualmente reconhecendo esta possibilidade, independentemente do “*nomen juris*” adotado, bem como a necessidade de bem interpretar a vontade das partes, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 590.

²⁰⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 763-764.

que poderão dar origem a uma vinculação das partes ao conteúdo do instrumento e, ao fim e ao cabo, a uma obrigação de contratar.

Parece-nos, contudo, que a vinculatividade que se identifica nestes modelos específicos de carta de intenção não resulta propriamente de seu caráter pré-contratual, mas antes do fato de que tais instrumentos podem se equiparar a um contrato-promessa ou mesmo ao contrato definitivo.

Até porque, como vimos, das cartas das cartas de intenção que não se reconduzem a um contrato-promessa ou ao contrato final não resultam verdadeiros compromissos para as partes, seja relativamente ao conteúdo já acordado, seja no que se refere a uma obrigação de contratar.

É justamente neste contexto que se coloca o problema de saber quais serão os efeitos jurídicos e, especialmente, a relevância das cartas de intenção sempre que elas não se prestarem a vincular as partes, seja ao seu conteúdo, seja à celebração de um acordo definitivo.

4.2.3. Segue; os efeitos jurídicos e a relevância das cartas de intenção

Como vimos, das cartas de intenção que não se reconduzem a um contrato-promessa ou ao contrato final – a que nos referiremos como *cartas de intenção strictu sensu* – não resultam verdadeiras obrigações para as partes.

Questiona-se, assim, se tais instrumentos possuem algum efeito jurídico e, conseqüentemente, se relevam, em alguma medida, para o Direito²⁰⁹.

²⁰⁹ Este questionamento também é levantado por Menezes Leitão: “*Nas cartas de intenção em sentido próprio não surge, porém, a estipulação de direitos e obrigações para as partes e daí questionar-se a sua relevância jurídica*”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 57.

É bem verdade que, se as partes não assumem por meio destes instrumentos verdadeiras obrigações, dificilmente se identificará um efetivo incumprimento sob a ótica contratual.

Neste contexto, surge a questão de saber se as cartas de intenção *strictu sensu* podem ser objeto de uma execução específica. Para responder a esta questão, analisemos à partida o que dispõe o art. 830º/1 do Código Civil acerca da execução específica do contrato-promessa:

“Se alguém estiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida”.

Como se verifica, o recurso à execução específica pressupõe a existência de uma obrigação de “celebrar certo contrato”, algo que, como vimos no item anterior, não se pode extrair das cartas de intenção.

Para além deste argumento, tem-se ainda o fato de que uma carta de intenção *strictu sensu* nem sempre contemplará integralmente os elementos essenciais do contrato que se pretende judicialmente (isto é, por meio da execução específica) concluir, sendo certo que a definição de tais elementos não pode ficar a cargo do Judiciário.

Isto porque, como sublinha José de Oliveira Ascensão, “o Tribunal não pode ser sobrecarregado com a formulação da estrutura econômica ótima dum contrato, nem é essa sua função; deve limitar-se a litígios essencialmente jurídicos” ²¹⁰.

Por estas razões, parece-nos que as cartas de intenção *strictu sensu* não poderão ser objeto de execução específica, entendimento que entre

²¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 376.

nós é defendido por Menezes Leitão²¹¹, Galvão Telles²¹², Carlos Ferreira de Almeida²¹³ e João Calvão da Silva²¹⁴.

Em sentido contrário, Menezes Cordeiro reconhece a possibilidade de execução específica de uma carta de intenção nas hipóteses em que o instrumento sirva para formalizar “*acordos firmes*”²¹⁵.

Relativamente ao posicionamento do autor, permitimo-nos aqui apresentar a seguinte ponderação: se uma carta de intenção chega a um grau de avanço tal que pode ser entendida como um *acordo firme*, então provavelmente se estará diante de uma daquelas hipóteses em que, não obstante o *nomen juris* adotado, a carta de intenção poderá ser reconduzida ao menos a um contrato-promessa, de que efetivamente se extrai uma obrigação de contratar.

Naturalmente que nestes casos a execução específica poderá ter lugar; não para garantir o cumprimento forçado de uma obrigação assumida em uma carta de intenção, mas em um contrato-promessa.

Vale ressaltar aqui que a execução específica, por sua natureza, traduz-se em um instrumento limitador da autonomia privada das partes, e como tal deve ser utilizado de forma excepcional, isto é, somente quando autorizada por lei. Daí as palavras de Galvão Telles, para quem:

“A execução específica, no sentido em que a expressão vem sendo tomada, aplica-se somente ao contrato-promessa, a que

²¹¹ Para Menezes Leitão, “a possibilidade de execução específica não existe nas cartas de intenção. Efectivamente, esta pressupõe a celebração de um contrato-promessa, e com estes não devem ser confundidas as cartas de intenção, que embora documentem o progresso nas negociações excluem expressamente o compromisso da celebração do contrato”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 62.

²¹² TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 222.

²¹³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 212.

²¹⁴ SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, p. 66.

²¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 315.

a lei associa. Não pode, no nosso sistema jurídico, ampliar-se a outras situações, ainda que análogas ou dalgum modo análogas; reveste carácter nitidamente excepcional. Não será, pois, legítimo lançar mão dela para efectivar a obrigação ou dever de contratar, fora do âmbito do contrato-promessa” ²¹⁶.

Por tudo o que foi até aqui exposto, parece-nos forçoso concluir que os efeitos jurídicos de uma carta de intenção *strictu sensu* não se prendem propriamente com uma eventual assunção de obrigações pelas partes, o que já verificamos não ocorrer com a assinatura deste instrumento.

Em verdade, o valor jurídico destes instrumentos prende-se essencialmente com fato de que a sua adoção ao longo das negociações inegavelmente atesta um maior comprometimento das partes com a negociação, de que resulta, consequentemente, uma maior – e legítima – expectativa acerca da conclusão do contrato final²¹⁷.

Por esta razão é que se entende que a assinatura de uma carta de intenção *strictu sensu* vem reforçar a intensidade do dever geral de boa fé consagrado na lei. Neste sentido, aliás, Ana Prata vem dizer que *“ainda quando eles [os acordos pré-contratuais] não configurem convenções autónoma e especificamente vinculativas, representam, em regra, uma maior extensão e consistência da relação obrigacional de boa fé nos preliminares”*. ^{218 219}

²¹⁶ TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 222. Também defendendo o carácter excepcional da execução específica, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1140.

²¹⁷ Situação semelhante ocorre com a celebração dos acordos de negociação, os quais serão analisados no Capítulo 5 deste estudo.

²¹⁸ PRATA, Ana. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, p.131.

²¹⁹ Para Eduardo Santos Júnior,“(…) no Direito português, a sua relevância jurídica [dos acordos pré-contratuais] deve ser reconhecida, mesmo perante a existência da obrigação geral – legalmente consagrada e sempre defensável como princípio jurídico – de negociar de boa fé e, consequentemente, mesmo perante a existência da legalmente consagrada responsabilidade pré-contratual”. SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 604.

Como consequência, embora uma ruptura de negociações durante a vigência de uma carta de intenção não possa ser entendida como um incumprimento *contratual* da carta de intenção (já que não há obrigação de contratar), ela deverá ser valorada sob a ótica de um potencial incumprimento de *deveres pré-contratuais* que decorrem da boa fé – em especial, do dever pré-contratual de lealdade –, nos termos do art. 227º/1 do Código Civil.

Assim sendo, não obstante a incompatibilidade entre a natureza das cartas de intenção *strictu sensu* e a assunção verdadeiras obrigações, os efeitos jurídicos deste instrumento devem ser reconhecidos, na medida em que a descontinuidade das negociações na vigência destas cartas de intenção poderá dar lugar a situações de *responsabilidade pré-contratual*²²⁰ que não se operariam em sua ausência.

No âmbito dos contratos internacionais, Menezes Leitão destaca que “*todos estes acordos pré-contratuais documentam a recepção nos usos do comércio internacional do dever de actuar segundo a boa fé nas negociações para a formação de um contrato e da responsabilidade pela violação desse dever: a denominada culpa in contrahendo ou responsabilidade pré-contratual*”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 67.

²²⁰ A responsabilidade pré-contratual não conta com um regime jurídico específico no ordenamento jurídico português, de onde surge a questão de saber se a ela se aplicam as regras da *responsabilidade contratual* ou da *responsabilidade aquiliana*.

A discussão releva na medida em que se identificam diferenças práticas entre os dois regimes: dentre outros aspectos, enquanto o ônus de provar a culpa do ofensor é do lesado na responsabilidade aquiliana (art. 342º/1), na responsabilidade contratual a culpa é presumida (art. 799º/1); e, enquanto a responsabilidade contratual se beneficia do prazo ordinário de prescrição, o prazo na responsabilidade aquiliana é sensivelmente em relação àquele (art. 309º e 498º).

Almeida Costa (COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 301.) é um dos autores que defendem o recurso às regras da *responsabilidade extracontratual*, sob o fundamento de que nas discussões pré-contratuais não há propriamente obrigações, em sentido estrito, de uma parte com relação à outra, e por isso as situações de responsabilidade pré-contratual mais se assemelham ao contexto delitual.

Contudo, para, nós, assim como para a maior parte da doutrina portuguesa (cite-se, dentre outros, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 238-242; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p.12-15 e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral, volume I*, p. 271-272), a responsabilidade pré-contratual rege-se pelas normas da *responsabilidade contratual*.

Admitindo-se a recondução da ruptura injustificada das negociações durante a vigência de uma carta de intenção a uma hipótese responsabilidade pré-contratual, surgirá, então, a questão de saber se os danos causados à parte lesada pela ruptura deverão ser calculados pelo *interesse negativo* (interesse da confiança) ou pelo *interesse positivo* (interesse do cumprimento).

Antes de nos posicionarmos acerca desta questão, parece-nos interessante apontar as diferenças entre uma e outra forma de cálculo de indenização no âmbito da *culpa in contrahendo*.

A indenização calculada pelo interesse negativo é aquela em que a parte lesada deve ser indenizada em medida tal que a coloque na mesma situação em que estaria se não tivesse participado das negociações²²¹.

Isto porque, a responsabilidade extracontratual é aquela que visa à tutela dos direitos absolutos daqueles que vivem em coletividade, dando origem a deveres gerais de respeito (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime, p. 747) para sujeitos indeterminados e independentemente da existência de qualquer aproximação ou relação jurídica prévia entre os envolvidos.

Entretanto, muito embora o desenvolvimento de tratativas para a celebração de um contrato não represente, à partida, qualquer obrigação ou promessa de vínculo entre as partes, não se pode deixar de reconhecer, já nesta fase, uma aproximação intencional e entre sujeitos determinados, que tem como objetivo comum a conclusão de um negócio. Daí porque, para fins de responsabilidade, a relação pré-contratual, a nosso sentir, mais se assemelha com a relação entre as partes de um contrato, o que justifica o recurso as normas que regem a responsabilidade contratual.

Há, ainda, autores que afirmam que a responsabilidade pré-contratual, dotada de certa autonomia, encontra-se justamente entre um e outro regime: surge, então, a *terceira via da responsabilidade*, que não se reconduz necessária e integralmente a nenhum dos dois regimes, (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 173-174; FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma <<terceira via>> no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 367-377 e RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, p. 747-748).

Não enxergamos, contudo, as vantagens e dos efeitos práticos da adoção de uma via que, sem regime jurídico próprio, não terá outro destino senão recorrer sistematicamente a um dos pólos da estrutura clássica da responsabilidade civil.

²²¹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 190, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 310 e CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 283.

Ao contrário, a indenização calculada pelo interesse positivo pretende colocar a parte lesada na situação em que estaria se tivesse celebrado o contrato, inclusive compensando os lucros que a celebração do contrato lhe proporcionaria²²².

Feitos estes breves esclarecimentos, posicionamo-nos no sentido de que os danos indenizáveis nesta hipótese devem limitar-se aos do *interesse negativo*²²³.

Isto porque, não obstante a expectativa que a parte inocente pudesse nutrir, das cartas de intenção não se extrai qualquer obrigação de contratar, não sendo possível, portanto, garantir que o contrato final viria a ser celebrado caso as negociações não tivessem sido interrompidas naquele momento. Por esta razão, não nos parece ajustado premiar a parte lesada com os lucros advindos de um contrato que poderia vir a nunca ser celebrado²²⁴.

O entendimento da doutrinadora brasileira Maristela Basso corrobora este posicionamento:

²²² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 191 e CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 284.

²²³ Na doutrina, posicionando-se favoravelmente à limitação aos danos pelo interesse negativo nos casos de ruptura das negociações, destaca-se, dentre outros, COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 310 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 194.

Em sentido contrário, defendendo, em qualquer hipótese, a indenização dos danos pelo interesse positivo, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 270. No mesmo sentido, PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 108.

²²⁴ A nosso ver, os danos somente devem ser calculados pelo interesse positivo nas situações – excepcionais em nosso Direito – em que se reconhece, de fato, uma obrigação de contratar. Este é inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça abaixo:

“A jurisprudência, maioritariamente, considera, como regra, que o dano indemnizável é apenas o do interesse contratual negativo, ou dano de confiança (...) mas o entendimento de que em casos concretos, nomeadamente se a culpa in contrahendo estiver na violação do dever de conclusão de um contrato, a indemnização deve contemplar também o interesse contratual positivo tem merecido o aplauso de alguma doutrina e jurisprudência deste Supremo Tribunal de Justiça (...).” Supremo Tribunal de Justiça. Proc. 5523/05.2TVLSB.L1.S1. Julgamento em 11.07.2013.

“(...) como a obrigação assumida [nas cartas de intenção] é via de regra de fazer avançar num clima de cooperação as negociações e não já de concluir e executar o contrato, a base do cálculo para a possível indenização será o prejuízo sofrido, calculado com base nas despesas realizadas no decorrer das tratativas – interesse contratual negativo – e o custo de oportunidade. Seria muito difícil, pela natureza mesma das cartas, pleitear indenização com base no cálculo dos benefícios perdidos pela não-conclusão do contrato” ²²⁵.

Para além dos efeitos estritamente jurídicos, as cartas de intenção *strictu sensu* relevam, ainda, sob a ótica negocial, constituindo um importante instrumento a serviço das partes que se encontram em negociações para a celebração de um contrato futuro.

Primeiramente, as cartas de intenção *strictu sensu* prestam-se a organizar as negociações em curso: vale lembrar que na seara dos contratos complexos em que estamos, a conclusão do negócio se opera de forma progressiva, com concessões diversas de ambas as partes, renegociações acerca de pontos antes acordados e, portanto, as negociações podem se prolongar por bastante tempo.

Compartilhando desta ordem de ideias, sublinha Eduardo Santos Júnior que *“a razão de as partes celebrarem um tal acordo não vinculativo – um mero gentlemen’s agreement – estará no interesse puro de organizar a negociação e de a facilitar, através desse ‘ponto da situação’ em que o acordo se traduzira, então”* ²²⁶.

A adoção de cartas de intenção *strictu sensu* confere, ainda, maior segurança para as partes no que se refere ao interesse e ao comprometimento de sua contraparte, o que claramente se extrai do fato de que, mesmo não estando obrigada a celebrar a carta de intenção, a contraparte optou por voluntariamente fazê-lo.

Finalmente, na hipótese de o contrato final vir a ser celebrado, os termos e condições estabelecidos nas cartas de intenção *strictu sensu*

²²⁵ BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 45.

²²⁶ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 596.

serão acolhidos pelo contrato definitivo – senão em sua integralidade, ao menos em sua maioria. Não obstante esta substituição do documento pré-contratual pelo final, as cartas de intenção preservarão a sua relevância para fins de interpretação do contrato e, principalmente, da vontade das partes²²⁷.

²²⁷ Conforme SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 598.

5. ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS QUE REGULAM A PRÓPRIA FASE DE NEGOCIAÇÕES

Para além das cartas de intenção que formalizam as questões até então acordadas pelas partes em uma negociação, é também comum que as partes, no decorrer das tratativas de um contrato complexo, recorram a outras modalidades de acordos pré-contratuais, por meio dos quais assumem determinadas obrigações durante a própria fase de negociações, independentemente da conclusão ou não de um contrato definitivo no futuro.

Em linhas gerais, a celebração destes acordos pré-contratuais visa alcançar uma maior previsibilidade para as partes, na medida em que define certos padrões de conduta que deverão ser por elas adotados ao longo da fase de negociações.

Dentre os acordos pré-contratuais mais usualmente adotados na prática das negociações destacam-se (i) o *acordo de negociação*; (ii) o *acordo de exclusividade* e (iii) o *acordo de confidencialidade*, os quais serão detalhadamente analisados adiante.

Entretanto, nada impede que as partes, no exercício de sua liberdade contratual e servindo-se de modelos contratuais atípicos, venham a celebrar outros acordos, de conteúdo variado, a exemplo dos que seguem:

(i) *acordo de calendarização*, que estabelece um cronograma a ser seguido durante as negociações, mas que não faz surgir para as partes uma verdadeira obrigação de seguir tal cronograma²²⁸;

²²⁸ Um maior desenvolvimento acerca deste acordo pode ser encontrado em FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1114 e 1130. Para a Autora, embora o acordo de calendarização não imponha obrigações para as partes, seu cumprimento (ou incumprimento) contribui para identificar se as partes estão ou não agindo de boa fé ao longo das negociações.

Em regra, tais acordos somente estabelecem um cronograma a que as partes deverão, de boa fé, tentar observar ao longo das negociações, como dissemos. Mas pode também estabelecer que, se determinado prazo especificado não for cumprido, o acordo poderá ser considerado rescindido, configurando, nesta hipótese, uma condição resolutiva. Neste sentido, BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 34.

(ii) *acordo para negociar de boa fé*²²⁹, que em nosso Direito não é dotado de maior relevância jurídica, tendo em vista que a boa fé pré-contratual decorre da lei, diferentemente do que ocorre nos países de *Common Law*, tais como Inglaterra e Estados Unidos; e

(iii) *acordo de repartição de despesas*, que configura um verdadeiro contrato por meio do qual as partes efetivamente se vinculam à obrigação de dividir entre si, de uma forma determinada, os custos incorridos ao longo da negociação (Ex. estudos de viabilidade, projetos, procedimentos para autorizações governamentais etc.).

5.1. Acordo de negociação

Entende-se por acordo (ou contrato) de negociação o instrumento por meio do qual as partes se comprometem a dar continuidade às negociações com a outra parte, de boa fé, com vistas à celebração de um contrato definitivo, sem, contudo, obrigar-se efetivamente a celebrar este contrato final no futuro²³⁰.

O *agreement to negotiate*, como é denominado na *Common Law*, é usualmente adotado quando as partes já atingiram certo grau de desenvolvimento na negociação: tal qual uma carta de intenção, o instrumento formaliza os pontos sobre os quais há consenso, mas também estabelece para as partes a obrigação de seguir com as negociações quanto

²²⁹ FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1114.

²³⁰ Cfr. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 231, nota (2), TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 241 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1115. A possibilidade de se estabelecer, por meio de um instrumento específico, uma *obrigação de negociar* é reconhecida também por ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 374-375.

Para referências acerca do acordo de negociação no direito estrangeiro, v. SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*, p. 201 e ss e KNAPP, Charles L. *Enforcing the contract to bargain*, p. 673 e ss.

aos pontos em aberto, envidando seus melhores esforços²³¹ para alcançar o acordo final.

Indaga-se, inicialmente, se o acordo de negociação, por sua natureza, contempla implicitamente uma obrigação para as partes de não manter com terceiros tratativas acerca do mesmo objeto negociado, isto é, uma obrigação de exclusividade²³².

Em uma primeira análise, poder-se-ia pensar que carece de boa fé a conduta da parte que mantém negociações com mais de um interessado sabendo de antemão que somente uma das negociações poderá resultar em um acordo final.

No entanto, nos dias de hoje, as negociações paralelas são amplamente adotadas no mercado em geral, traduzindo-se, inclusive, em certos nichos específicos de mercado, em um instrumento favorável à concretização da livre concorrência.

Daí porque entendemos que o acordo de negociação não contemplará uma obrigação de exclusividade se assim as partes não dispuserem expressamente, seja pela inserção de cláusula neste sentido no próprio acordo de negociação, seja pela assinatura de um acordo de exclusividade autônomo, instrumento que será objeto de estudo no item 5.2 abaixo²³³.

No âmbito do ordenamento jurídico português, questiona-se, ademais, se a obrigação de continuar a negociar que se extrai do acordo de negociação não coincidiria com o dever geral de boa fé pré-contratual previsto no art. 227º/1 do Código Civil.

²³¹ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 592.

²³² Daí o questionamento de Eduardo Santos Júnior acerca de saber “se o ‘*agreement to negotiate*’ é, por definição, um misto não só de ‘*lock-in agreement*’, posto que as partes, mutuamente, obrigam-se a, de boa fé, negociar uma com a outra, mas também de ‘*lock-out agreement*’, no sentido de as partes se obrigarem também a só negociar uma com a outra e a não negociar, portanto, com terceiro”. SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 594.

²³³ Com este mesmo entendimento, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 594.

A nosso sentir, a obrigação assumida por meio da celebração de um acordo de negociação extrapola o dever de negociar de boa fé previsto na lei. Isto porque, o acordo de negociação não só prevê a necessidade de adoção de uma conduta negocial pautada na boa fé, mas estabelece, adicionalmente, o dever de continuar a negociar, o que não se pode extrair do teor do art. 227º/1.

Neste mesmo sentido são as palavras de Eduardo Santos Júnior, para quem o dever que decorre de um acordo de negociação “*se consubstancia um plus relativamente ao dever geral de negociar de boa fé consagrado na lei*”, justamente porque a previsão legal “*não postula qualquer dever de continuar a negociar*”²³⁴.

No que se refere à vinculatividade que decorre da celebração de um acordo de negociação, já vimos que dele não resultará para as partes qualquer obrigação de assinar o contrato final.

Do mesmo modo, não nos parece que as partes estejam vinculadas aos pontos já acordados e formalizados neste instrumento específico caso venham a concluir o negócio. Tal como dissemos a respeito das cartas de intenção, se a aprovação global do conteúdo negociado faz-se indispensável para formação de um contrato, não há razão para que as partes se vinculem a conteúdos parcelares.

Contudo, em decorrência da obrigação de continuidade assumida, as partes não poderão retirar-se livremente das negociações, isto é, sem que haja um justo motivo²³⁵, sob pena de se configurar um incumprimento da obrigação de continuar a negociar.

²³⁴ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 598.

²³⁵ Neste mesmo sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1115.

Eduardo Santos Júnior aponta para o fato de que uma justificativa vaga – tais como mudança de intenções ou mera mudança de circunstâncias – não deverá ser entendida como *justo motivo* para a ruptura de negociações na vigência de um acordo de negociação. SANTOS

Daí, então, surge, a seguinte indagação: até quando as partes permanecem obrigadas a manter-se em negociações? Em outras palavras, qual é a extensão da obrigação de continuar a negociar e de que forma se deverá medir seu cumprimento ou incumprimento?

Na tentativa de responder a este questionamento, pensemos nas seguintes situações:

(i) Se, ao final das negociações, as partes convergem e celebram o contrato final, não restam dúvidas de que a obrigação de negociar foi adimplida;

(ii) Da mesma forma, se após um período de negociações, as partes concluem de comum acordo que não será possível chegar a consenso sobre todos os pontos em aberto, ou, ainda, se o acordo final não mais interessar a ambas as partes, igualmente, não haverá que se falar em incumprimento da obrigação de continuar a negociar;

(iii) A hipótese que suscita maiores dúvidas é justamente aquela em que as negociações já se prolongaram por um período significativo sem que as partes chegassem a um acordo final; uma das partes entende, dado o impasse em que se encontram, que não há mais razão para permanecer em negociações, enquanto a outra parte insiste para que as tratativas sigam adiante. Neste caso, como e quando se poderia dar por cumprida a obrigação de negociar?²³⁶

Para Maria Raquel Rei, a obrigação de negociar no âmbito de um acordo de negociação deve prosseguir até “o consenso” ou até a “divergência insanável”²³⁷. A afirmativa da autora, embora contribua para o

JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 593 e 599.

²³⁶ A imprecisão acerca da exata prestação contida no *dever de continuar a negociar de boa fé* também é suscitada por Patrícia Afonso Fonseca, que faz interessantes questionamentos com vistas a buscar precisar o conteúdo deste dever. Neste contexto, indaga a autora: “*Deverão as partes, porventura, reunir um número mínimo de vezes ou elaborar um determinado número de minutas do futuro contrato?*” FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1132.

²³⁷ REI, Maria Raquel. *Do Contrato-quadro*, p. 49.

esclarecimento da dúvida suscitada, não nos parece suficiente para respondê-la integralmente, na medida em que será igualmente subjetivo o conceito de *divergência insanável*.

Devemos, contudo, ter presente que a obrigação de continuar a negociar decorrente de um acordo de negociação não poderá perdurar *ad infinitum*. Esta é, aliás, a razão por que as partes costumam em conjunto estabelecer no próprio acordo o prazo dentro do qual as negociações devem ocorrer.

Ainda que superada esta questão temporal, subsistirá ainda o problema de saber se, durante o prazo acordado, as partes de fato envidaram seus melhores esforços para a conclusão do negócio ou somente se mantiveram formalmente em negociações, sem uma verdadeira intenção de celebrar o contrato final.

A nosso ver, a depender do caso concreto, poderá haver indícios de que as partes de fato negociavam de boa fé. No entanto, nem sempre haverá meios objetivos de se apurar o efetivo cumprimento do dever de continuar a negociar sob este *prima*.

Diante desta impossibilidade, à parte insatisfeita assistirá sempre o direito de alegar o incumprimento por parte daquele que deu causa à suspensão das negociações.

Finalmente, no que se refere à natureza da responsabilidade pelo incumprimento de um acordo de negociação, parece-nos que ela poderá tanto ser reconduzida à *responsabilidade contratual*, quanto à *responsabilidade pré-contratual*.

A situação de incumprimento que se coloca aproxima-se, por um lado, da *responsabilidade contratual* na medida em que a obrigação de continuar a contratar foi assumida por meio de um acordo – um contrato – celebrado livre e espontaneamente pelas partes. Assim, a ruptura injustificada das negociações configurará a violação de uma *obrigação contratual*.

Sob outro prisma, a mesma hipótese de ruptura das negociações durante a vigência de um acordo de negociação poderá traduzir-se também em uma violação do *dever pré-contratual de lealdade*, corolário do dever geral de boa fé pré-contratual²³⁸.

Isto porque, segundo as regras da boa fé, se uma parte cria na outra uma expectativa legítima com relação à conclusão do negócio, não mais poderá desistir das negociações de forma injustificada, sob pena de o fazendo, violar o dever de lealdade.

Neste contexto, não há dúvidas de que a celebração de um acordo por meio do qual as partes se comprometem a dar continuidade às negociações, por si só, terá o efeito de aumentar a confiança e a expectativa das partes com relação à conclusão do negócio.

Deste modo, a adoção de um acordo de negociação acaba por restringir as hipóteses em que uma eventual ruptura injustificada das negociações²³⁹ ocorrida durante sua vigência não resultará em uma situação de *responsabilidade pré-contratual*²⁴⁰.

Nesta mesma direção são as palavras de Menezes Leitão, para quem “a *assunção expressa da obrigação de continuar as negociações induz nas partes uma confiança justificada na futura celebração do contrato, havendo*

²³⁸ Menezes Leitão defende que a situação em análise configura somente uma hipótese de responsabilidade pré-contratual, pois do acordo de negociação não resultam quaisquer direitos de crédito. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 58.

Para Patrícia Afonso Fonseca, a hipótese também deverá ser somente reconduzida à responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas, e não à responsabilidade contratual, uma vez que não é possível apontar, neste caso, “*deveres precisos de prestação*” (FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1133). Embora concordemos com a autora no que diz respeito à dificuldade de identificar precisamente a extensão do *dever de continuar a negociar*, não concordamos que este desafio tenha como efeito a desconfiguração da natureza contratual da responsabilidade assumida.

²³⁹ Um maior desenvolvimento sobre a ruptura injustificada das negociações no contexto da responsabilidade pré-contratual pode ser encontrada no Capítulo 2 deste estudo.

²⁴⁰ Referimo-nos aqui ao que dissemos na nota 220 acerca do regime jurídico da *responsabilidade pré-contratual* no âmbito do ordenamento jurídico português.

violação da boa fé e, consequentemente, responsabilidade pré-contratual, caso as negociações sejam arbitrariamente quebradas” ²⁴¹.

Diante desta hipótese – incumprimento de um acordo de negociação –, parece-nos que serão igualmente cabíveis os recursos à *responsabilidade pré-contratual* ou *contratual*²⁴²: a duplicidade de soluções reforça e legitima a necessidade de responsabilização daquele que suspendeu as negociações, contanto que não se cogite, naturalmente, de uma duplicidade de indenizações.

Sendo a hipótese de incumprimento reconduzida à responsabilidade pré-contratual, parece-nos que a indenização da parte ofendida deverá limitar-se aos danos pelo *interesse negativo*, na medida em que, não obstante a existência de um dever de continuar a negociar de boa fé, não há como se garantir que o contrato viria de fato a se concluir²⁴³.

De qualquer forma, para além das despesas incorridas durante as negociações, a parte lesada poderá pleitear, ainda, indenização por lucros cessantes sob o argumento de ter deixado de negociar com terceiros de forma lucrativa para ingressar na negociação que veio a se frustrar por culpa de sua contraparte²⁴⁴, contanto que reste comprovado que, no caso em concreto, o acordo de negociação contemplava uma obrigação de exclusividade.

²⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 58.

²⁴² Reconhecendo, como nós, a possibilidade de o incumprimento de uma carta de intenção poder ser reconduzido tanto à responsabilidade contratual quanto à pré-contratual, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 599-600.

²⁴³ Apresentamos uma breve distinção entre indenização pelo *interesse positivo* e pelo *interesse negativo* no item 4.2.3 deste estudo.

²⁴⁴ Esta possibilidade é reconhecida por ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, Conceitos, Fontes e Formação*, p. 190; COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 310 e CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, p. 284.

5.2. Acordo de Exclusividade

O acordo de exclusividade (*standstill agreement* ou *lock-out agreement*) é o instrumento pelo qual uma ou ambas as partes assumem a obrigação de não negociar com terceiros o mesmo objeto negociado entre si ²⁴⁵.

Como se verifica, as partes, no exercício de sua liberdade contratual, comprometem-se a adotar uma determinada conduta ao longo das negociações, sem, entretanto, assumir qualquer obrigação de celebrar o contrato futuro.

A relevância desta modalidade de acordo decorre do fato de que a condução de negociações paralelas que tenham como finalidade a conclusão de um único contrato não se traduz necessariamente em uma ofensa à boa fé²⁴⁶. Isto porque, a manutenção de negociações paralelas é prática comum no mercado, além de incentivadora da livre concorrência.

Neste contexto, Menezes Leitão é categórico ao afirmar que não haverá que se falar em *culpa in contrahendo* mesmo na hipótese de uma parte conduzir negociações paralelas sem informar às suas contrapartes a existência de *concorrentes* na negociação²⁴⁷.

Parece-nos, contudo, que a depender das circunstâncias do negócio, se uma parte omite propositalmente de suas contrapartes a existência de

²⁴⁵ O acordo de exclusividade a que nos dedicamos neste estudo é aquele que se traduz em um instrumento pré-contratual, ou seja, celebrado no contexto de uma negociação para a conclusão de um contrato futuro e que tem como objeto a exclusividade *durante as negociações*. Este esclarecimento se justifica já que na prática dos negócios é bastante comum a adoção de cláusulas de exclusividade ou mesmo de instrumentos autônomos que prevêm uma obrigação de exclusividade ao longo da execução do contrato. Como exemplo, citamos o contrato de concessão comercial, em que muito frequentemente o concessionário se obriga a somente comercializar os produtos do concedente que, em contrapartida, concede ao concessionário exclusividade em uma determinada zona de atuação, Fazendo referência à exclusividade no âmbito dos contratos de concessão comercial, ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 449, nota 833 e BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*, p. 72-78.

²⁴⁶ Neste sentido, FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1130.

²⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 66

negociações paralelas, levando-as a acreditar que se trata de uma negociação exclusiva, poderá se verificar uma situação de responsabilidade pré-contratual, com fundamento na violação dos deveres pré-contratuais de informação e lealdade.

De todo modo, não são raras as vezes em que as partes, por questões de estratégia concorrencial, têm interesse em negociar de forma exclusiva com sua contraparte por um determinado período, recorrendo, assim, à celebração de um acordo de exclusividade.

Para os fins da análise que aqui fazemos, releva distinguir o *acordo de exclusividade* do *pacto de preferência*: ao contrário do que ocorre na dinâmica do primeiro, este último pressupõe justamente que haja ao menos mais uma negociação em curso e que a parte obrigada a conceder a preferência tenha chegado a acordo com um terceiro para que o titular da preferência seja então notificado para preferir no negócio²⁴⁸.

Uma vez celebrado o acordo de exclusividade, as partes estarão sujeitas a uma verdadeira *obrigação contratual*, de fato negativo, de não manter negociações paralelas com terceiros acerca do mesmo objeto que está sendo negociado entre elas ²⁴⁹.

Como não poderia deixar de ser, o incumprimento da obrigação de exclusividade ensejará, para a parte infratora, o dever de indenizar os danos causados à sua contraparte pelo incumprimento, com fundamento na *responsabilidade contratual*.

²⁴⁸ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, p. 594 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 66.

Referimo-nos ao que dispusemos acerca do pacto de preferência no item 3.2 deste estudo.

²⁴⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 67 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1130. Neste mesmo sentido, Oliveira Ascensão vem dizer que os acordos por meio dos quais as partes se comprometem a “*não negociar simultaneamente com terceiros*” criam “*verdadeiros deveres jurídicos*”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, p. 377.

Neste contexto, a prova de que o incumprimento da obrigação de exclusividade por uma parte acarretou prejuízos a outra parte nem sempre será simples. Por este motivo, os acordos de exclusividade usualmente estabelecem cláusulas penais fixando o montante a ser indenizado em caso de violação de seus termos²⁵⁰.

5.3. Acordo de Confidencialidade

Como tivemos a oportunidade de verificar, a fase de negociações prévias a um contrato contempla uma intensa troca de informações entre as partes, notadamente em razão da necessidade de se observar o *dever pré-contratual de informação*, já analisado no Capítulo 2 deste estudo.

No entanto, da mesma boa fé que dá origem ao *dever pré-contratual de informação*, resulta também o *dever pré-contratual de sigilo* (ou confidencialidade) – igualmente analisado *supra* –, que impõe que as partes não devem revelar a terceiros ou fazer uso não autorizado das informações que tenham recebido no decorrer das negociações para a celebração de um contrato.

Não obstante a existência de um dever de confidencialidade de origem legal, é bastante comum que as partes que pretendem iniciar a uma negociação recorram, antes mesmo do efetivo início das tratativas²⁵¹, à celebração de um acordo de confidencialidade (*confidentiality agreement* ou *non-disclosure agreement*).

²⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 67 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1113.

²⁵¹ Na prática dos negócios, os acordos de confidencialidade precedem a celebração de outros acordos pré-contratuais, tais como as cartas de intenção. Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, p. 64 e FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1116.

Neste contexto, coloca-se, então, o problema de saber se, no ordenamento jurídico português, a celebração de acordos de confidencialidade será, de fato, relevante, se a própria boa fé pré-contratual já impõe às partes um dever de sigilo.

À partida, já verificamos no Capítulo 2 deste trabalho não haver empecilhos para a convivência entre o recurso às normas que regem a *culpa in contrahendo* – fundamento do dever pré-contratual de sigilo – e a celebração de acordos pré-contratuais.

Para além de reforçar a obrigação das partes²⁵² de não revelar a terceiros, sem prévia autorização, as informações a que terão acesso em razão das negociações, a relevância dos acordos de confidencialidade prende-se, ainda, com a possibilidade de melhor regular o dever de sigilo, quer definindo com exatidão a extensão de seu objeto, quer estabelecendo o prazo pelo qual as partes devem cumprir com a obrigação de segredo assumida, quer, ainda, regulando o uso das informações recebidas.

No que tange à delimitação do objeto, adicionalmente às informações trocadas pelas partes ao longo das tratativas, que naturalmente estarão sujeitas a sigilo, podem as partes definir (i) que o conteúdo do negócio que se pretende concluir é sigiloso; (ii) que as partes envolvidas na negociação não devem ser divulgadas; e, se a sensibilidade do negócio assim requerer, (iii) que a própria existência de uma negociação deverá estar sujeita a confidencialidade.

No que respeita ao prazo do acordo, sempre que as negociações em curso resultam na celebração de um contrato definitivo, o acordo de confidencialidade tende a deixar de existir, já que as partes usualmente

²⁵² Na prática, é possível que somente uma das partes venha a divulgar informações confidenciais no âmbito de uma negociação, a quem usualmente se denomina *Parte Reveladora*. Nesta hipótese, somente a outra parte - denominada *Parte Receptora* – precisará estar sujeita à obrigação de sigilo decorrente de um acordo de confidencialidade. Entretanto, é mais comum que ambas as partes acabem por divulgar informações confidenciais ao longo das tratativas, razão porque os acordos de confidencialidade tendem a ser recíprocos. Neste sentido, v. FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1134.

incluem dentre as cláusulas do contrato final uma obrigação de sigilo em termos semelhantes àqueles previstos no acordo pré-contratual.

Assim, o prazo do acordo de confidencialidade mais relevará nas hipóteses em que as negociações não alcançarem o seu objetivo final, isto é, a celebração de um contrato definitivo²⁵³, sendo bastante comum que a obrigação de sigilo ultrapasse significativamente o período das tratativas²⁵⁴.

Finalmente, as partes poderão servir-se do acordo de confidencialidade também para definir, com clareza, a propriedade intelectual das informações divulgadas – já que a parte que compartilha determinada informação não necessariamente pretende abrir mão de sua titularidade –, bem como para regular sua utilização, normalmente proibindo o uso não autorizado e para fins estranhos à negociação.

Assim como ocorre no âmbito do acordo de exclusividade, também aqui as partes ficam sujeitas a uma *obrigação de não fazer*, traduzida na não divulgação das informações reveladas por sua contraparte.

Trata-se, assim, de uma *obrigação contratual* cujo incumprimento poderá se verificar tanto na divulgação espontânea de informação protegida quanto na “*negligência na sua proteção*”²⁵⁵, culminando, em qualquer dos casos, na *responsabilidade contratual* da parte infratora, que

²⁵³ Basta pensar que as informações obtidas ao longo das tratativas podem vir a ser aproveitadas em futuras negociações com outras partes que porventura tenham objeto semelhante. Nesta mesma direção, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, p. 184.

²⁵⁴ Na prática dos negócios, o prazo pelo qual a obrigação de confidencialidade deve ser observada constitui uma das cláusulas de maior relevo em um acordo de confidencialidade. Contudo, para a hipótese – que entendemos remota – de o acordo não prever qualquer prazo de vigência, Ugo Draetta sugere que o prazo seja calculado levando-se em conta as circunstâncias do caso e, em especial, o momento em que as informações obtidas venham a cair no domínio público, a partir do que sua divulgação não mais teria o efeito de causar danos à parte divulgadora da informação. DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la formazione dei contratti*, p. 59.

²⁵⁵ Conforme FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, p. 1134.

terá a obrigação de indenizar a outra parte pelos danos decorrentes do incumprimento.

6. CONCLUSÃO

No início desta exposição, tivemos a oportunidade de analisar as particularidades das negociações prévias à celebração de um contrato complexo, que dão origem a uma intensificação e, conseqüentemente, a um prolongamento desta fase que a lei qualifica como sendo os *preliminares* de um contrato.

Como vimos, a esta altura já não se discute que o ordenamento jurídico português reconhece plenamente a relevância deste período pré-contratual, notadamente pela previsão do art. 227º/1 do Código Civil, de acordo com a qual as partes devem “*proceder segundo as regras de boa fé*”, tanto nos preliminares quanto na formação do contrato.

No âmbito das tratativas para os contratos complexos, identificamos ser cada vez mais corrente na prática do mercado a adoção de acordos pré-contratuais, cujo conteúdo variará consoante a vontade das partes e o grau de avanço da respectiva negociação, e que não se devem confundir com os contratos preliminares²⁵⁶.

A maior frequência com que se tem recorrido a estes acordos pré-contratuais pode ser atribuída a uma vontade das partes que se encontram em negociações delicadas e duradouras de mitigar a insegurança e a incerteza inerentes às tratativas.

Nesta medida, os acordos pré-contratuais – que constituem o objeto central deste estudo – poderão regular tanto o conteúdo e a forma do contrato que se pretende futuramente concluir quanto as negociações propriamente ditas.

No contexto dos acordos pré-contratuais que regulam o conteúdo e a forma dos contratos em negociação, as cartas de intenção surgem como o instrumento que, por excelência, desempenha este papel, o que se opera por meio da formalização, no documento, dos pontos já acordados pelas partes.

²⁵⁶ A distinção entre os acordos pré-contratuais e certas figuras afins foi apresentada no Capítulo 3 deste estudo.

Ainda nos dias de hoje, muito se questiona acerca da relevância destas cartas de intenção: se não obrigam as partes a celebrar o contrato definitivo, quais serão, então, seus efeitos jurídicos?

A dúvida se justifica: ao optarem pela adoção de cartas de intenção ao longo de um processo de negociação, as partes pretendem, no exercício de sua autonomia privada, manter sua liberdade de celebrar ou não o contrato definitivo.

Isto não quer dizer, contudo, que as cartas de intenção sejam desprovidas de qualquer efeito jurídico. Até porque, se as partes decidem livremente formalizar uma relação pré-contratual existente, o fazem com algum motivo; pretendem, em alguma medida, conferir valor jurídico àquela relação²⁵⁷.

É o que sublinha José Maria Rossani Garcez, ao dizer que *“é importante ter em mente que a carta de intenção não é o contrato e que, assim, os laços obrigacionais que contempla serão mais tênues ou estarão condicionados a eventos futuros. Ao mesmo tempo não deverão ser tão tênues que acabem descaracterizando o vínculo obrigacional que possa representar o documento.”*²⁵⁸

Assim, muito embora não resulte das cartas de intenção uma verdadeira *obrigação de contratar*, sua adoção evidencia um maior comprometimento das partes com a negociação, o que contribui diretamente para o aumento das expectativas das partes acerca da conclusão do contrato final.

Observa-se, neste contexto, que as cartas de intenção terão o inegável efeito jurídico de reforçar o dever geral de boa fé pré-contratual já consagrado no art. 227º/1 do Código Civil. E assim sendo, a existência ou não

²⁵⁷ Como evidencia Ugo Draetta, *“a tendência dos órgãos arbitrais chamados a decidir acerca da relevância de tais ‘cartas’ é justamente aquela de conformar-se ao princípio geral segundo o qual é de se presumir que as partes, se redigiram um instrumento, o fizeram visando algum efeito útil”*. DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la formazione dei contratti*, p. 51.

²⁵⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais*, p. 112.

de uma carta de intenção em uma negociação poderá ser determinante para a apuração de uma situação de responsabilidade pré-contratual.

No âmbito dos acordos pré-contratuais que regulam as negociações, vimos que o exercício da autonomia privada e o recurso a contratos atípicos viabilizaram a existência de instrumentos diversos. Destacam-se, contudo, pela frequência com que são adotados, os acordos de negociação, de exclusividade e de confidencialidade.

Observamos que, diferentemente do que se opera com as cartas de intenção, estes acordos criam para as partes verdadeiras obrigações²⁵⁹, daí que não se discuta propriamente os seus efeitos jurídicos, mas antes o seu reconhecimento como fonte de deveres pré-contratuais.

Acerca desta questão, demonstramos não haver razões para que não se legitime o papel que desempenham os acordos que regulam as negociações na criação de novos deveres de conduta, bem como no reforço e na concretização de deveres já existentes.

Pudemos nos dedicar, ainda, às consequências de um eventual incumprimento de cada um dos acordos pré-contratuais que analisamos. Naturalmente que a solução desta questão não se apresentará em termos gerais, mas antes diante da interpretação de cada um destes acordos especificamente. Poderá haver lugar para situações de responsabilidade contratual ou pré-contratual consoante os acordos criem ou não obrigações para as partes.

Finalmente, apresentada a relevância jurídica dos acordos pré-contratuais que nos propusemos a analisar, defendemos, ainda, que estes instrumentos têm também um papel negocial fundamental para a formação dos contratos complexos.

Neste contexto, parece-nos que o aprofundamento das discussões dogmáticas acerca deste tema vem, então, incentivar a disseminação dos

²⁵⁹ Há opiniões contrárias no que se refere à criação de obrigações no contexto do acordo de negociação. Tratamos do tema no Capítulo 5 deste estudo.

acordos pré-contratuais, contribuindo, ao fim e ao cabo, para uma maior segurança jurídica, figura que é tão cara ao nosso Direito atual, no âmbito das negociações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I, conceitos, fontes e formação*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral, volume II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de Direito Civil*, 3ª Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2009.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, vol. I*, Munique, 2009.

BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*. Revista dos Tribunais, Ano 88, volume 769, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*, tradução portuguesa, Coimbra, Almedina, 1970.

BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra, Almedina, 1990.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5ª reimp., Coimbra, Almedina, 2013.

_____. *Direito Comercial*, 3ª ed. actual. e aum., Coimbra, Almedina, 2012.

_____. *Manual de Direito Bancário*. 5ª ed. rev. e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014.

_____. *Tratado de direito civil português, vol. I – Parte geral, tomo I*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

_____. *Tratado de direito civil, vol. II – Parte geral*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

_____. *Tratado de Direito Civil, vol. V – Parte geral*, 2ª reimp., Coimbra, Almedina, 2005.

COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

_____. *Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 133.

_____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares de um contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*, Coimbra, Almedina, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 13ª Ed. revista, aumentada e atualizada de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007, São Paulo, Saraiva, 2008.

DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la formazione dei contratti*, Padova, CEDAM, 1984.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.

FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealings and failed negotiations*, Columbia Law Review, Vol. 87, nº 2, 1987.

FONSECA, Patrícia Afonso. *As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo de sua relevância jurídica*, O Direito, ano 138º, V, 2006.

FONSECA, Tiago Soares da. *Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral*, Lisboa, Lex, 2001.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, in *Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1994.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

_____. *Uma <<terceira via>> no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A responsabilidade ré-contratual por ruptura das negociações*, 1ª reimpr., Curitiba, Juruá, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais, 10ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

JORGE, Fernando Pessoa. *A formação do contrato à face do novo Código Civil português*, in *Revista Forense*, vol. 71, nº 249, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1975.

KNAPP, Charles L. *Enforcing the contract to bargain*, New York University Law Review, Vol. XLIV, 1969.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, volume I, 9ª. Ed., Coimbra, Almedina, 2010.

_____. *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, ROA, 2000.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

LOURENÇO, Paula Meira. *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, Relatório de mestrado em direito do trabalho apresentado junto à Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000.

MACHADO, João Baptista. *Anotação*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117º, nº. 3724, 1984.

_____. *A cláusula do razoável* in *Obra dispersa*, volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991.

_____. *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”* in *Obra dispersa*, volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. n. 10, 1994.

_____. *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*, Coimbra, Almedina, 2001.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do. *A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato*, in *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 4, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais*, in *O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo, LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*, 7ª Ed. revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume III*, 12ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora 1963.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, 2^a reimp., Coimbra, Almedina, 2005.

_____. *O Contrato-promessa e seu regime civil*, 2^a reimp., Coimbra, Almedina, 2006.

REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. *Do Contrato-quadro*, Lisboa, 1997.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*, trad. Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, ROA, 1997.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito comercial português: dos actos de comércio às empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982.

SCHWARTZ, Allan and SCOTT, Robert E. *Precontractual liability and preliminary agreements*, Harvard Law Review, Vol. 120, nº 3, 2007.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2003.

SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1996.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*, 7^a ed. rev. e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

_____. *Formação do contrato* (Parecer), Colectânea de Jurisprudência, Ano VI, III, 1981.

_____. *Manual dos contratos em geral*, 4^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2010.

UNITED NATIONS. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, volume I, 10^a Ed., Coimbra, Almedina, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, 2^a. ed., Coimbra, Almedina, 2009.

_____. *Teoria geral do direito civil*, volume II, Coimbra, Almedina, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, Coleção direito civil, volume 2, 6^a Ed., São Paulo, Atlas, 2006.

VICENTE, Dário Moura. *A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002* in *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.

_____. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.